

نكاح الأفكان

في كشف الرموز والأسرار

لشهاب الدين أحمد بن قودر
المعروف بقاضي زاده أفندي قاضي عسكر وولي
وهي كلمة "فتح القلندر"
المرحوق الكمال ابن الهمام الحنفى

على
الطبعة الأولى : شرح بداية المبتدى
تأليف
شيخ الإسلام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني

المجلد الثامن

مكتبة التوحيد
سليمان بن عبد الله



Bibliotheca Alexandrina



0110901

نَوَاحِجُ الْإِفْكَانِ فِي كَشْفِ الرَّمُوزِ وَالْأَسْرَارِ

لِشَيْخِ الدِّينِ أَحْمَدَ بْنِ قُودِرٍ
المعروف بقاضى زاده أفندى قاضى عسكر روملى
وهى تكملة "فتح القلندر"
للمحقق الكمال ابن الهمام الحنفى

على
المَهْدَايَةِ: شرح بداية المبتدى
تأليف

شيخ الإسلام برهان الدين على بن أبى بكر المرغينانى
المتوفى سنة ٥٩٣هـ

ومعه

- ١ - شرح العناية على المهداية للإمام أكمل الدين محمد بن محمود البابرقي المتوفى سنة ٧٨٦هـ .
- ٢ - حاشية المحقق سعد الله بن عيسى المفتى الشهير بسعدى چلبى وبسعدى أفندى المتوفى سنة ٩٤٥هـ .

الجزء الثامن

دار الفكر

الطبعة والنشر والتوزيع

نَتَائِجُ الْإِفْكَانِ فِي كَشْفِ الرَّمُوزِ وَالْأَسْرَارِ

لِشَيْخِ الدِّينِ أَحْمَدَ بْنِ قُودَرٍ
المعروف بقاضى زاده أفندى قاضى عسكر روملى
وهى تكملة "فتح القلندر"
للمحقق الكمال ابن الهمام الحنفى

على
المَهْدَايَةِ: شرح بداية المبتدى
تأليف

شيخ الإسلام برهان الدين على بن أبى بكر المرغينانى
المتوفى سنة ٥٩٣هـ


ومعه

- ١ - شرح العناية على المهداية للإمام أكمل الدين محمد بن محمود البابرقي المتوفى سنة ٧٨٦هـ .
- ٢ - حاشية المحقق سعد الله بن عيسى المفتى الشهير بسعدى چلبى وبسعدى أفندى المتوفى سنة ٩٤٥هـ .

الجزء الثامن

دار الفكر

الطبعة والنشر والتوزيع

المكاتب، البناية المركزية - هاتف، ٢٤٤٧٣٩ - ص.ب. ١١ / ٧٠٦١
المطابع والمعمل، حارة حريك - شارع عبد النور - هاتف، ٢٧٣٦٥٠ - ٢٧٣٤٨٧
بَيرُوت }
لَبْنَان } 
بَرقِيا، فِكسي - تلَكس ٤١٣٩٢ فِكِر FIKR 41392 LE

مَنْ يُرِدِ اللَّهُ بِهِ خَيْرًا يُفَقِّهْهُ فِي الدِّينِ
(حديث شريف)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الوكالة^(١)

لما فرغ من بيان أحكام الشهادات بأنواعها وما يتبعها من الرجوع عنها شرع في بيان أحكام الوكالة ، إما لمناسبة أن كل واحد من الشهادة والوكالة صفة من صفات الله تعالى لقوله تعالى - ثم الله شهيد على ما يفعلون - وقوله تعالى حكاية - حسينا الله ونعم الوكيل - ، وإما لأن كلا منهما إيصال النفع إلى الغير بالإعانة في حقه ، وإما لأن كلا منهما يصلح سببا لاكتساب الثواب والصيانة عن العقاب في المعاملات ، كذا في النهاية . قال صاحب العناية عقب الشهادة بالوكالة : لأن الإنسان خلق مدنيا بالطبع يحتاج في معاشه إلى تعاوض وتعاوض ، والشهادة من التعاوض والوكالة منه ؛ وقد يكون فيها التعاوض أيضا فصارت كالمركب من المفرد فأثر تأخيرها انتهى . وقال بعض الفضلاء في بيان قوله وقد يكون فيها التعاوض أيضا كما إذا كان وكيلًا بالبيع أو الشراء مثلا انتهى . أقول : هذا سهو ظاهر ، لأن التعاوض فيما ذكره من المثال إنما هو في متعلق الوكالة ، أعني الموكل به ، وهو البيع أو الشراء لانفس الوكالة ، والكلام فيها لافي الأول ، وإلا فقد يكون التعاوض في متعلق الشهادة أيضا كما إذا شهد بالبيع أو الشراء مثلا . والصواب أن مراد صاحب العناية هو أنه قد يكون في نفس الوكالة التعاوض كما إذا أخذ الوكيل الأجرة لإقامة الوكالة فإنه غير ممنوع شرعا ، إذ الوكالة عقد جائز لا يجب على الوكيل إقامتها فيجوز أخذ الأجرة فيها ، بخلاف الشهادة فإنها فرض يجب على الشاهد أدائها فلا يجوز فيها التعاوض أصلا . ثم إن محاسن شرعية الوكالة ظاهرة ، إذ فيها قضاء حوائج المحتاجين إلى مباشرة أفعال لا يقدرُونَ عليها بأنفسهم ؛ فإن الله تعالى خلق الخلق على هم شتى وطبائع مختلفة وأقوياء وضعفاء ، وليس كل أحد يرضى أن يباشر الأعمال بنفسه ، ولا كل أحد يهتدى إلى المعاملات ، فست الحاجة إلى شرعية الوكالة ، فبيننا صلى الله عليه وسلم باشر بعض الأمور بنفسه الكريمة تعليقا لسنة التواضع ، وفوض بعضها إلى غيره ترفيها لأصحاب المروءات . ثم إن هاهنا أمورا يحتاج إلى معرفتها تفسيرا للوكالة لغة وشرعا ، ودليل جوازها وسببها وركنها وشرطها ووظيفتها وحكمها . أما تفسيرها لغة : فالوكالة بفتح الواو وكسرها اسم للتوكيل ، من وكله بكذا إذا فوض إليه ذلك . والوكيل هو القائم بما فوض إليه ، والجمع الوكلاء كأنه فعيل بمعنى مفعول لأنه موكول إليه الأمر : أى مفوض إليه . وأما شرعا : فهي عبارة عن إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم . وأما دليل جوازها فالكتاب وهو قوله تعالى - فابعثوا أحدكم بورككم هذه إلى المدينة -

(١) (تنبيه) قد ابتدأ صاحب التكملة في شرحه بكتاب الوكالة وسبقه صاحب الفتح إلى شرح حلة من هذا الكتاب انتهى فيها إلى قول صاحب الهداية « والعقد الذي يعقد الوكلاء على ضربين الخ » فأثبتنا الكتابين تكثيرا للقائدة ومحافظة على استيفاء التكملة ، واكتفينا بما أسلفناه من جارة الهداية والعناية عند كتابة الفتح عن إعادته هنا فليعلم ، كتبه مصححه .

تزوجها في سنة أربع ، ومات عليه الصلاة والسلام ولعمر تسع سنين انتهى . وقال ابن عبد الهادي صاحب التنقيح : قوله إنه عليه الصلاة والسلام مات ولعمر تسع سنين بعيد وإن كان قد قاله الكلاباذي وغيره . وقال : قال ابن عبد البر : إنه ولد في السنة الثانية من الهجرة إلى الحبشة . ويقوى هذا ما أخرجه مسلم في صحيحه عن عمر بن أم سلمة «أنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن القبلة للصائم فقال عليه الصلاة والسلام : سل هذه ، فأخبرته أمه أم سلمة أنه عليه الصلاة والسلام يصنع ذلك ، فقال عمر رضي الله عنه : يا رسول الله قد غفر الله لك ما تقدم من ذنبك وما تأخر ، فقال صلى الله عليه وسلم : أما والله إني لأتقاكم الله تعالى وأخشاكم » وظاهر هذا أنه كان كبيرا . وأقول : ظاهر قول المصنف رحمه الله وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم وكل الخ يدل على أن المراد به ذكر الدليل القلبي على قوله كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه جاز أن يوكل به غيره بعد أن ذكر دليلا عقليا عليه . فيتجه على ذلك أن توكيل النبي صلى الله عليه وسلم في المادتين المخصوصتين لا يدل على ما في الدعوى المذكورة من الكلية ، فلعل الوجه أن يكون المراد به مجرد تأييد ما تقدم من التعليل العقلي الذي مبناه دفع الحاجة بوقوع التوكيل عند الحاجة من النبي صلى الله عليه وسلم لإقامة دليل مستقل على دعوى الكلية السابقة . وكأنه عن هذا قال : وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم وكل الخ . ولم يقل ولأن النبي صلى الله عليه وسلم وكل الخ (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى في مختصره : (وتجاوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق) أي في جميعها (لما قدمنا من الحاجة) يشير إلى قوله لأن الإنسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الأحوال فيحتاج إلى أن يوكل غيره (إذ ليس كل أحد يهتدى إلى وجوه الخصومات) تعليل لجريان ما قدمه ها هنا . قال صاحب غاية البيان : أما التوكيل بالخصومة في سائر الحقوق فلأنما جاز لما روينا قبل هذا أن النبي صلى الله عليه وسلم وكل في الشراء . فإذا جاز التوكيل فيه جاز في غيره ، لأن كل عقد يجوز أن يتولاه الموكل بنفسه جاز أن يوكل غيره كالبيع ، ولأن الإنسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه فجاز أن يوكل غيره ، وهو المراد من قوله لما قدمنا انتهى . أقول : تعليله الثاني الذي هو مراد المصنف رحمه الله بقوله لما قدمنا صحيح لا ريب فيه ، وأما تعليله الأول فغير صحيح لأن الكلام ها هنا في التوكيل بالخصومات لا في التوكيل في العقود ، وما ذكره في تعليله الأول إنما يتمشى في العقود دون الخصومات ، ولذلك قال المصنف رحمه الله (وقد صح أن عليا رضي الله تعالى عنه وكل عقيل) أي وكله في الخصومات ، وإنما كان يختار عقيلاً لأنه كان ذكياً حاضر الجواب ، حتى حكى أن علياً رضي الله عنه استقبله يوماً ومعه عنز فقال علي رضي الله عنه على سبيل الدعابة أحد الثلاثة أحمق ، فقال عقيل : أما أنا وعنزي فعاقلان (وبعد ما أسن عقيل وكل عبد الله بن جعفر) الطيار رضي الله تعالى عنه ، إما لأنه وقر عقيلاً رضي الله عنه كبر سنه . أو لأنه انتقص ذهنه فوكل عبد الله بن جعفر رضي الله عنه وكان شاباً ذكياً ، كذا في المبسوط . أخرج البيهقي عن عبد الله بن جعفر قال : كان علي رضي الله عنه يكره الخصومة ، وكان إذا كانت له خصومة وكل فيها عقيل بن أبي طالب فلما كبر عقيل وكلني . وأخرج عن علي رضي الله عنه أنه كان وكل عبد الله بن جعفر بالخصومة . وقال الخفاف في أدب القاضي : حدثنا معاذ بن أسد الخراساني قال : حدثنا عبد الله بن المبارك عن محمد بن إسحاق عن جهم بن أبي الجهم عن عبد الله بن جعفر أن علياً رضي الله عنه كان لا يحضر الخصومة وكان يقول : إن لها قحماً تحضرها الشياطين ، فجعل علي رضي الله عنه الخصومة إلى عقيل ، فلما كبر ورق حوّلها إلى ، فكان علي رضي الله عنه يقول : ما قضى لو كيلى فلي وما قضى على وكيلى فعلى انتهى . وقال الزمخشري في الفائق : إن علياً رضي الله عنه وكل أخاه عقيلاً بالخصومة ، ثم وكل بعده عبد الله بن جعفر رضي الله عنه ، وكان لا يحضر الخصومة ويقول : إن لها لقحماً ، وإن الشياطين تحضرها : أي مهالك وشبائد . وقبح الطريق ما صعب منه وشق على سالكه انتهى . وفي هذا الحديث دليل على جواز التوكيل بالخصومة . وفيه دليل أيضاً على أن لا يحضر مجلس الخصومة بنفسه ، وهو مذهب عامة العلماء لصنع علي رضي الله عنه . وقال بعض العلماء : الأولى أن يحضر بنفسه لأن الامتناع من الحضور إلى مجلس القاضي من علامات المنافقين ، وقد ورد الذم على ذلك ، قال الله تعالى - وإذا دعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم إذا دعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم أن يقولوا سمعنا وأطعنا - وجوابه أن تأويل الآية الرد من المناق والمناق من المؤمنين اعتقاداً ، كذا في شرح أدب القاضي . وذكر في غاية

اليان (وكذا بإيفائها واستيفائها) أى وكذا تجوز الوكالة بإيفاء الحقوق واستيفائها لما مر من دفع الحاجة (إلا فى الحدود والقصاص فإن الوكالة لا تصح باستيفائها) أى باستيفاء الحدود والقصاص (مع غيبة الموكل عن المجلس) وأما الوكالة بإيفاء الحدود والقصاص فعدم صحتها مطلقا : أى مع غيبة الموكل ومع حضوره أمر يبين ، لأن إيفاءها إنما يكون بنسليم النفس أو البدن لإقامة العقوبة الواجبة ، وهذا لا يصح إلا من الجاني ، إذ إقامة العقوبة على غير الجاني ظلم صريح . فلذلك اكتفى المصنف رحمه الله بنى صحة الوكالة باستيفائها مع غيبة الموكل ، وقال فى تعليقه (لأنها) أى الحدود والقصاص (تدرئ بالشبهات) فلا تستوفى بمن يقوم مقام الغير لما فى ذلك من ضرب شبهة كما فى كتاب القاضى إلى القاضى والشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال (وشبهة العفو ثابتة حال غيبته) أى غيبة الموكل ، هذا الوجه مخصوص بالقصاص ، إذ الحدود لا يعنى عنها . فالمراد أن فى القصاص ثبوت شبهة أخرى حال غيبة الموكل وهى شبهة العفو لجواز أن يكون الموكل قد عفا ولم يشعر به الوكيل (بل هو الظاهر) أى بل العفو هو الظاهر (للتدبى الشرعى) لقوله تعالى - وأن تغفو أقرب للتقوى - وفى القصاص خلاف الشافعى رحمه الله فإنه يقول : هو خالص حق العبد فيستوفى بالتوكيل كسائر حقوقه دفعا للضرر عن نفسه ، ولكننا نقول : هذه عقوبة تدرئ بالشبهات ، بخلاف سائر حقوقه فافترقا (بخلاف غيبة الشاهد) حيث يستوفى الحدود والقصاص عند غيبته (لأن الظاهر عدم الرجوع) يعنى أن الشبهة فى حق الشاهد هى الرجوع والظاهر فى حقه عدم الرجوع ، إذ الصدق هو الأصل لاسيما فى العدول فلم يعتبر مثل هاتيك الشبهة . أقول : يرد عليه أن الرجم من الحدود ولا يستوفى عند غيبة الشهود فى ظاهر الرواية كما مرفى كتاب الحدود ، ويقتضى ذلك اعتبار شبهة الرجوع فى حق الشهود هناك ، اللهم إلا أن يقال : عدم استيفاء الحد إذ ذاك لفوات الشرط وهو بداءة الشهود بالرجم لا بمجرد شبهة الرجوع فتأمل (وبخلاف حالة الحضرة) أى حضرة الموكل فى المجلس حيث يستوفى ذلك عندها (لانتهاء هذه الشبهة) أى شبهة العفو : فإن العفو عند حضور الموكل مما لا يفتى فلا شبهة . أقول : لقائل أن يقول إن انتهاء الشبهة المعنية لا يقتضى انتهاء الشبهة مطلقا ، والحدود والقصاص تدرئ بمطلق الشبهات فلا يتم التقريب على أن شبهة العفو مخصوصة بالقصاص ، فلم يظهر الفرق بين الحضرة والغيبة فى استيفاء الحدود أصلا . ولما استشعر أن يقال إذا كان الموكل حاضرا لم يحتاج إلى التوكيل بالاستيفاء رأسا إذ هو يستوفيه بنفسه أجاب بقوله (وليس كل أحد يحسن الاستيفاء) إما لقلّة هدايته ، أو لأن قلبه لا يتحمل ذلك (فلو منع عنه) أى عن التوكيل بالاستيفاء (ينسد باب الاستيفاء أصلا) أى ينسد بابه بالنسبة إليه بالكلية فجاز التوكيل بالاستيفاء عند حضوره استحسانا لئلا ينسد بابه . قال المصنف رحمه الله (وهذا الذى ذكرناه قول أبى حنيفة رحمه الله) وقال جمهور الشراح فى تفسير كلام المصنف : هذا أى جواز التوكيل بإثبات الحدود والقصاص قول أبى حنيفة رحمه الله . وقالوا فى توجيه تفسيرهم إياه بهذا المعنى : لأنه لما قال وتجوز الوكالة بالخصومة فى سائر الحقوق : أى جميعها وإيفائها واستيفائها ، واستثنى إيفاء الحدود والقصاص واستيفاءها بقيت الخصومة بالحدود والقصاص داخلة فى قوله بالخصومة فى سائر الحقوق فقال : هذا الذى ذكرناه قول أبى حنيفة رحمه الله . أقول : لا يذهب على ذى فطرة سليمة أن هذا الذى ارتكبه فى حل كلام المصنف رحمه الله هاهنا تكلف بارد وتعسف شارد ، حيث جعلوا البعض الغير المعتبر فى الكلام السابق بل الداخلى فى مجرد كليته مشارا إليه بلفظ هذا الذى يشار به إلى المحسوس المشاهد ، أو إلى ماهو بمنزلة المحسوس المشاهد . ثم إن هاهنا للدوحة عن ذلك يحمل كلام المصنف رحمه الله على معنى ظاهر منه ، وهو أن هذا الذى ذكرناه صريحا تمنا مرآنا من قولنا وتجوز الوكالة بالخصومة فى سائر الحقوق قول أبى حنيفة رحمه الله (وقال أبو يوسف رحمه الله : لا تجوز الوكالة بإثبات الحدود والقصاص بإقامة الشهود أيضا) أى قال أبو يوسف رحمه الله : لا تجوز الوكالة بالخصومة فى بعض من تلك الحقوق وهو إثبات الحدود والقصاص أيضا : أى كما لا تجوز الوكالة بإيفاء الحدود والقصاص واستيفائها بالاتفاق . (وقول محمد مع أبى حنيفة رحمه الله تعالى ، وقيل مع أبى يوسف رحمه الله) يعنى أن قول محمد مضطرب بذكر تارة مع أبى حنيفة وتارة مع أبى يوسف ، ولكن الظاهر من تحرير المصنف الأول كما لا يخفى على الفطن . قال فى الكافى بعد قوله وقول محمد مضطرب : والأظهر أنه مع أبى حنيفة (وقيل هذا الاختلاف) بين أبى حنيفة وأبى يوسف (فى غيبته) أى

غيبة الموكل (دون حضرته) أى هو جائز في حضرته بالاتفاق (لأن كلام الوكيل ينتقل إلى الموكل عند حضوره) فصار كأنه متكلم بنفسه . (له) أى لأبى يوسف رحمه الله تعالى (أن التوكيل إنابة) والإنابة فيها شبهة لاحتمال (وشبهة النيابة يتحرز عنها في هذا الباب) أى في باب الحدود والقصاص لأنه مما يندرى بالشبهات (كما في الشهادة على الشهادة) أى كالشبهة التي في الشهادة على الشهادة حتى لا يثبت بها الحدود والقصاص بالاتفاق ، كما لا يثبت بشهادة النساء مع الرجال ولا بكتاب القاضي إلى القاضي (وكما في الاستيفاء) أى وكالشبهة التي في التوكيل باستيفاء الحدود والقصاص عند غيبة الموكل فإنها مانعة لصحة التوكيل بالاتفاق (ولأبى حنيفة رحمه الله أن الخصومة شرط محض) أى لاحظ لها في الوجوب ولا في الظهور (لأن الوجوب مضاف إلى الجناية والظهور إلى الشهادة) والشرط المحض حق من الحقوق يجوز للموكل مباشرته بنفسه (فيجوز فيه التوكيل كما في سائر الحقوق) أى باقيا لقيام المقتضى وانتفاء المانع . لا يقال : المانع موجود وهو الشبهة كما في الاستيفاء والشهادة على الشهادة على مامر . لأننا نقول : الشبهة في الشرط لاتصلح للمنع ، إذ لا يتعلق به الوجوب ولا الوجود ولا الظهور ، بخلاف الاستيفاء فإنه يتعلق به الوجود وبخلاف الشهادة على الشهادة فإنها يتعلق بها الظهور (وعلى هذا خلاف) المذكور (التوكيل بالجواب من جانب من عليه) أى من جهة من عليه (الحد) أو القصاص ؛ فأجازه أبو حنيفة ومنعه أبو يوسف وقول محمد مضطرب . قال المصنف (وكلام أبى حنيفة فيه) أى في التوكيل بالجواب (أظهر لأن الشبهة لاتمنع الدفع) يعنى أن التوكيل بالجواب إنما يكون للدفع ، ودفع الحدود والقصاص يثبت بالشبهات حتى يثبت العفو عن القصاص بالشهادة على الشهادة وبشهادة النساء مع الرجال ، فالشبهة التي ذكرت في دليل أبى يوسف رحمه الله على تقدير كونها معتبرة لاتمنع هاهنا (غير أن إقرار الوكيل غير مقبول عليه) أى على موكله : يعنى لو أقر الوكيل في مجلس القضاء بوجوب الحد والقصاص على موكله لم يقبل إقراره لقيامه مقام موكله بعد صحة التوكيل في إقراره (من شبهة عدم الأمر به) فلم يعتبر فيما يندرى بالشبهات . والقياس أن يقبل إقراره لقيامه مقام موكله بعد صحة التوكيل كما في الإقرار بسائر الحقوق . ووجه الاستحسان ما ذكره المصنف رحمه الله . وتوضيحه أنا حملنا التوكيل بالخصومة على الجواب ، لأن جواب الخصم من الخصومة ، ولكن هذا نوع من المجاز ، فأما في الحقيقة فالإقرار ضد الخصومة ، والمجاز وإن اعتبر لقيام الدليل فالحقيقة شبهة معتبرة فيما يندرى بالشبهات دون ما يثبت مع الشبهات . كذا في المبسوط ، وذكر في كثير من الشروح . واعلم أن جواز التوكيل بإثبات الحدود عند من جوزه إنما هو في حد القذف وحد السرقة . وأما التوكيل بإثبات حد الزنا وحد الشرب فلا يصح اتفاقا لأنه لاحق فيهما لأحد من العباد ، وإنما تقام البينة على وجه الحسبة ، فإذا كان أجنبيا عنه لا يصح توكيله به ، نص عليه في الكافي والتبيين (وقال أبو حنيفة : لا يجوز التوكيل بالخصومة) سواء كان التوكيل من قبل الطالب أو من قبل المطلوب (بغير رضا الخصم) ويستوى فيه الشريف والوضيع والرجل والمرأة والبكر والثيب ، كذا في الشروح والفتاوى (إلا أن يكون الموكل مريضا أو غائبا مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا) يعنى إلا أن يكون الموكل معذورا بعذر المرض أو السفر فحينئذ يجوز التوكيل بالخصومة بدون رضا الخصم عنده أيضا (وقال) أى أبو يوسف ومحمد (يجوز التوكيل بغير رضا الخصم) أى يجوز ذلك عندهما في جميع الأحوال سواء رضى الخصم أم لا ، وسواء كان الموكل معذورا أم لا ؛ وكان أبو يوسف يقول : أو لا يقبل ذلك من النساء دون الرجال ، ثم رجع عن ذلك وقال : يقبل من النساء والرجال جميعا (وهو قول الشافعى رحمه الله) أيضا ، وفي الخلاصة : وللفقيه أبو الليث بقولهما . وفي فتاوى قاضيخان . وبه أخذ أبو القاسم الصغار . وقال : شمس الأئمة السرخسى : الصحيح عندي أن القاضي إذا علم بالمدعى التعنت في إباء الوكيل يقبل التوكيل ولا يلتفت إليه ، وإن علم من الموكل القصد إلى الإضرار بالمدعى ليشغل الوكيل بالحيل والأباطيل والتليس لا يقبل منه التوكيل . وذكر شمس الأئمة الحلوانى أن ذلك يفوض إلى رأى القاضي ، وهذا قريب من الأول انتهى . قال المصنف رحمه الله (ولا خلاف في الجواز) أى لا خلاف بين أبى حنيفة وبين صاحبيه والشافعى رحمهم الله في الجواز ، حتى إذا وكل فرضى الخصم لا يحتاج في سماع خصومة الوكيل إلى تجديد وكالة (إنما الخلاف في لزوم) معناه إذا وكل من غير رضا الخصم هل يرتد برده أم لا ؟ عنده يرتد خلافا لم ، فعلى هذا التأويل يكون معنى قول القدورى . قال أبو حنيفة : لا يجوز التوكيل بالخصومة إلا

برضا الخصم : أى لا يلزم ذكر الجواز ، وأراد اللزوم لأن الجواز من لوازم اللزوم فيجوز ذكر اللازم وإرادة الملزوم ، كذا في الشروح . وقد تصرف فيه صاحب العناية تحريرا وإيرادا حيث قال : فعلى هذا يكون قوله لا يجوز التوكيل بالخصومة إلا برضا الخصم مجازا لقوله ولا يلزم ذكر الجواز ، وأراد اللزوم فإن الجواز لازم اللزوم فيكون من ذكر اللازم وإرادة الملزوم ، وقال : فيه نظر ، لأننا لا نسلم أن الجواز لازم اللزوم عرف ذلك في أصول الفقه . سلمنا لكن ذلك ليس بمجاز انتهى . أقول : الظاهر أن مراده بقوله لكن ذلك ليس بمجاز الرد على قوله مجازا بأن ما ذكره ليس من قبيل المجاز بل هو من قبيل الكناية بناء على ما ذهب إليه الكاكي من أن الانتقال في المجاز من الملزوم إلى اللازم ، وفي الكناية من اللازم إلى الملزوم لكنه ليس بشيء . أما أولا فلأن لفظ المجاز لم يذكر في تحرير غيره من الشراح ولا يتوقف عليه صحة التأويل المذكور فإنه يصح سواء كان بطريق المجاز أو بطريق الكناية فكان مدار رده المربور على لفظ زاده من عند نفسه في بيان التأويل المذكور . وأما ثانيا فلأنهم حققوا أن الانتقال في المجاز والكناية كليهما من الملزوم إلى اللازم . وردوا ما ذهب إليه الكاكي بأن اللازم ما لم يكن ملزوما لم ينتقل منه إلى الملزوم ، وجعلوا العمد في الفرق بينهما جواز إرادة المعنى الموضوع له وعدم جوازها ، فحينئذ يجوز أن يجعل لفظ يجوز فيما نحن فيه مجازا عن معنى يلزم بلا محذور أصلا . ثم قال صاحب العناية : والحق أن قوله لا يجوز له التوكيل بالخصومة إلا برضا الخصم في قوة قولنا التوكيل بالخصومة غير لازم ، بل إن رضى به الخصم صحح وإلا فلا حاجة إلى قوله ولا خلاف في الجواز وإلى التوجيه يجعله مجازا انتهى . أقول : لا يخفى على الفطن أن هذا كلام خال عن التحصيل ، لأنه إن أراد بقوله إن قوله لا يجوز التوكيل بالخصومة إلا برضا الخصم في قوة قولنا التوكيل بالخصومة غير لازم أن معنى الأول من حيث الحقيقة هو معنى الثاني بعينه ، وليس كذلك إذ لا شك أن معنى الجواز من حيث الحقيقة يغير معنى اللزوم ، فتى الأول يغير نتي الثاني قطعاً ، وإن أراد بذلك أن الثاني هو المراد من الأول مجازاً أو كناية فلا وجه لقوله فلا حاجة إلى قوله ولا خلاف في الجواز ، فإن المتبادر من الألفاظ معانيها الحقيقية فيتبادر إلى ذهن الناظر في مسئلتنا هذه أن يكون الخلاف المذكور في نفس الجواز ، فدفع المصنف ذلك بقوله ولا خلاف في الجواز إنما الخلاف في اللزوم فهذا الكلام لا غبار عليه . ثم اعلم أن المصنف رحمه الله ليس بأول من حمل الخلاف المذكور على اللزوم ، بل سبقه إلى ذلك كثير من المشايخ منهم الإمام شمس الأئمة السرخسى حيث قال في شرح أدب القاضي : إن التوكيل عند أبي حنيفة بغير رضا الخصم صحيح ، ولكن للخصم أن يطالب الموكل بأن يحضر بنفسه ويحجب ، ومنهم الإمام علاء الدين العالم حيث قال في طريقة الخلاف : التوكيل بغير رضا الخصم لا يقع لازماً . وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمه الله : يقع لازماً . وذكر في المحيط البرهاني أن رضا الخصم ليس بشرط لصحة التوكيل ولزومه عند أبي يوسف ومحمد . وقد اختلف المشايخ على قول أبي حنيفة . بعضهم قالوا : رضا الخصم عنده ليس بشرط صحة التوكيل بل هو شرط لزومه ، وقال بعضهم : لا بل رضا الخصم عنده شرط صحة التوكيل ، وإنما اختلفوا باختلاف ألفاظ الكتاب . ذكر في شعبة الأصيل أن التوكيل بغير رضا الخصم باطل في قول أبي حنيفة رحمه الله ، وذكر في وكالة الأصيل : لا يقبل التوكيل بغير رضا الخصم عند أبي حنيفة . والصحيح أن التوكيل عنده صحيح غير لازم حتى لا يلزم الخصم الحضور . والجواب لخصومة الوكيل إلا أن يكون الموكل مريضاً مرضاً لا يمكنه الحضور بنفسه مجلس الحكم ، أو غائباً مسيرة سفر فحينئذ يلزم عنده انتهى . وهكذا ذكر في الذخيرة أيضاً (لها) أى لأبي يوسف ومحمد (أن التوكيل تصرف في خالص حقه) أى في خالص حق الموكل ، وهذا لأنه إما أن يوكله بالخصومة أو بالحواب وكلاهما من خالص حقه . أما الخصومة فلأنها الدعوى وهى خالص حق المدعى حتى لا يجبر عليها . وأما الجواب فلأنه إما إنكار أو إقرار ، وكل واحد منهما خالص حق المدعى عليه ، وإذا كان كذلك (فلا يتوقف على رضا غيره) فصار (كالتوكيل بتقاضى الديون) وقبضها وإيفائها (وله) أى لأبي حنيفة رحمه الله (أن الجواب مستحق على الخصم) يعنى أن الجواب حق واجب للمدعى على المدعى عليه (ولهذا يستحضره) أى يستحضر المدعى الخصم في مجلس القاضى قبل أن يثبت له عليه شيء ليجيبه عما يدعيه عليه ، وغاية ما في الباب أن يكون التوكيل تصرفاً في خالص حق الموكل ، لكن تصرف الإنسان في خالص حقه إنما ينقل إذا لم يتعد إلى الإضرار بالغير (و) هاهنا ليس كذلك ، إذ لا شك أن (الناس

متفاوتون في الخصومة) أى من جهة الدعوى والإثبات ، ومن جهة الدفع والجواب . فربّ إنسان يصوّر الباطل في صورة الحق ، وربّ إنسان لا يمكنه تمثية الحق على وجهه ، وقد دل عليه قوله عليه الصلاة والسلام « إنكم تختصمون إلىّ ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض ، فمن قضيت له بشىء من مال أخيه فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من نار » ذكره في أدب القاضى والأسرار ، ومعلول أنه لا يوكل عادة إلا من هو ألدّ وأشدّ في الخصومات ليغلب على الخصم (فلو قلنا بلزومه) أى بلزوم التوكيل بالخصومة بلا رضا الخصم (يتضرر به) أى يتضرر الخصم به (فيتوقف على رضاه) فصار (كالعبد المشترك إذا كاتبه أحدهما) أى أحد الشريكين (يتخير الآخر) أى يتخير الشريك الآخر بين إمضاء الكتابة وفسخها ، فكان تصرف أحدهما متوقف على رضا الآخر ، وإن كان تصرفاً في خالص حقه لمكان ضرر شريكه . قال صاحب النهاية في شرح الدليل المذكور من قبل أبى حنيفة رحمه الله : ومعنى هذا الكلام أن الحضور والجواب مستحق عليه بدليل أن القاضى يقطعه عن أشغاله ويحضره ليجيب خصمه ، والناس يتفاوتون في هذا الجواب ، فربّ إنكار يكون أشدّ دفعا للمدعى من إنكار . والظاهر أن الموكل إنما يطلب من الوكيل ذلك الأشدّ ، فإن الناس إنما يقصدون بهذا التوكيل أن يشتغل الوكيل بالحلل والأباطيل ليدفع حق الخصم عن الموكل وفيه إضرار بالخصم ، وأكثر ما في هذا الباب أن يكون توكيله بما هو من خالص حقه ، ولكن لما كان يتصل به ضرر بالغير من الوجه الذى قلنا لا يملك بدون رضاه انتهى كلامه . وعلى هذا المنوال سبق الدليل المزبور في الكافي ومعراج الدراية أيضا . أقول : فيه نظر ، لأن أصل هذه المسئلة عام لصورة التوكيل من جانب المدعى ، ولصورة التوكيل من جانب المدعى عليه كما أفصح عنه الشراح قاطبة في صدر هذه المسئلة وصرح به في عامة كتب الفتاوى أيضا . وفي تقرير الدليل المزبور على الوجه الذى ذكره هؤلاء الشراح تخصيص ذلك بصورة التوكيل من جانب المدعى عليه كما ترى فكان تقصيرا منهم لتحمله التقرير بوجه يعم الصورتين معا كما ذكرناه في شرحنا . وقال صاحب العناية في شرح هذا المقام : ولأبى حنيفة رحمه الله أنا لانسلم أنه تصرف في خالص حقه ، فإن الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضره في مجلس القاضى ، والمستحق للغير لا يكون خالصا له . سلمنا خلوصه له لكن تصرف الإنسان في خالص حقه إنما يصح إذا لم يتضرر به غيره ، وهاهنا ليس كذلك لأن الناس يتفاوتون في الخصومة ، فلو قلنا بلزومه لتضرر به فيتوقف على رضاه انتهى . أقول : فيه أيضا نظر ، لأنه جعل ما ذكر في الكتاب من قبل أبى حنيفة دليلين : أحدهما معنى لما قاله ، والآخر تسليمي له ، فيرد حينئذ على الدليل الأول ما يرد على تقرير صاحب النهاية وغيره من كون الدليل مخصوصا بإحدى صورتى المسئلة العامة المدعاة تأمل تقف . فالوجه أن يجعل المجموع دليلا واحدا ويقرر بوجه يعم الصورتين معا كما فعلناه في شرحنا ، لكن الإنصاف أن تأثير المقدمة القائلة إن الجواب مستحق على الخصم إنما هو في صورة التوكيل من جانب المدعى عليه كما لا يخفى على الفطن المتأمل (بخلاف المريض والمسافر) متصل بقوله إلا أن يكون الموكل مريضا أو غائبا ، والمراد بيان وجه مخالفة المستثنى للمستثنى منه وذلك (لأن الجواب غير مستحق) أى غير واجب (عليهما) أى على المريض والمسافر (هنالك) أى فيما إذا كان الموكل مريضا أو مسافرا لعجز المريض بالمرض وعجز المسافر بالغيبة ، فلم يسقط عنهما الجواب لزم الحرج وهو متف بالنص ، قال الله تعالى - وما جعل عليكم في الدين من حرج - أقول : هاهنا شىء ، وهو أن ما ذكره المصنف من الفرق إنما ينفذ في صورة إن كان التوكيل من جانب المدعى عليه ، وأما في صورة إن كان من جانب المدعى فلا ، لأن الجواب غير مستحق على المدعى سواء كان صحيحا مقيا أو مريضا مسافرا ، فإن الجواب إنما يجب على من يجبر على الخصومة لأعلى من لا يجبر عليها ، مع أن المسئلة عامة للصورتين معا كما تحققت ، فكان ينبغى أن يزداد عليه أن يقال : إن توقع الضرر اللازم بالمرض والسفر من الموت وآفات التأخير أشدّ من الضرر اللازم بتفاوت الناس في الخصومة فيتحمل الأدنى دون الأعلى . وفي فتاوى قاضيه خان : وأجمعوا على أن الموكل لو كان غائبا أدنى مدة السفر أو كان مريضا في المصر لا يقدر أن يمشى على قدميه إلى باب القاضى كان له أن يوكل مدعى كان أو مدعى عليه ، وإن كان لا يستطيع أن يمشى على قدميه ولكنه يستطيع أن يمشى على ظهر دابة أو ظهر إنسان ، فإن ازداد مرضه بذلك صحح التوكيل ، وإن كان لا يزداد اختلفوا فيه ، قال بعضهم : هو على الخلاف أيضا ، وقال بعضهم : له أن يوكل وهو الصحيح انتهى (ثم كما يلزم للتوكيل

عنده) أى عند أبي حنيفة (من المسافر يلزم إذا أراد السفر لتحقيق الضرورة) إذ لو لم يلزم يلحقه الحرج بالانقطاع عن مصالحه . وفي فتاوى قاضيخان : وكما يجوز للمسافر أدنى مدة السفر أن يوكل بغير رضا الخصم يجوز لمن أراد أن يخرج إلى السفر لكن لا يصدق أنه يريد السفر ، ولكن القاضي ينظر إلى زيته وعدة سفره أو يسأل عن يريد أن يخرج معه فيسأل عن رفقائه كما في فسخ الإجارة انتهى (ولو كانت المرأة مخدرة) اختلفت عبارات المشايخ في تفسير المخدرة ؛ فقال بعضهم : هى التى لم تجر عادتها بالبروز وحضور المجلس القاضي . وقال الإمام البزدوى : هى التى لا يراها غير المحارم ، وأما التى جلست على المنصة فرأها الأجانب لاتكون مخدرة ، فاختار المصنف التفسير الأول حيث قال (لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحاكم) فإن هذا صفة كاشفة لمخدرة جارية مجرى التفسير لها (قال الرازى) أراد به الإمام أبا بكر الجصاص أحمد بن على الرازى صاحب التصانيف الكثيرة فى الأصول والفروع وأحكام القرآن ، وإليه انتهت رئاسة أصحاب أبي حنيفة ببغداد بعد الشيخ أبى الحسن الكرخى ، وكانت ولادته سنة خمس وثلاثمائة ومات سنة سبعين وثلاثمائة (يلزم التوكيل) أى يلزم التوكيل منها بلا رضا الخصم وبدون عذر المرض والسفر (لأنها لو حضرت لا يمكنها أن تنطق بحققها لحياثها فيلزم توكيلها) دفعا للحرج ، فلو وكلت بالخصومة فوجب عليها العيين وهى لاتعرف بالخروج ومخالطة الرجال فى الحوائج يبعث إليها الحاكم ثلاثة من العدول يستحلفها أحدهم ويشهد الآخران على حلفها ، وكذا فى المريضة إذا وجب عليها عيين لأن النيابة لاتجوز فى الأيمان ، هكذا ذكر الصدر الشهيد فى أدب القاضي ، وذكر فيه وإن كان يبعث إلى المخدرة والمريضة أو إلى المريض خليفة فيفصل الخصومة هنالك يجوز ، لأن مجلس الخليفة كجلسه كذا فى معراج الدراية وغيره (قال رضى الله عنه) أى قال المصنف (وهذا) أى ما قاله الرازى (شئ) استحسنه المتأخرون (وفى فتاوى قاضيخان : ويجوز للمرأة المخدرة أن توكل وهى التى لم تخالط الرجال بكرا كانت أو ثيبا ، كذا ذكره أبو بكر الرازى . وقال الشيخ الإمام المعروف بخواهر زاده : ظاهر المذهب عن أبي حنيفة أنها على الاختلاف أيضا ، وعامة المشايخ أخذوا بما ذكره أبو بكر الرازى وعليه الفتوى انتهى (قال) أى القدورى فى مختصره (ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف) قيل هذا على قول أبي يوسف ومحمد ، فأما على قول أبي حنيفة فالشرط أن يكون التوكيل حاصلا بما يملكه الوكيل ، فأما كون الموكل مالكا للتصرف فليس بشرط حتى يجوز عنده توكيل المسلم الذى يشترى الخمر والخنزير وتوكيل المحرم الحلال ببيع الصيد . وقيل المراد به أن يكون مالكا للتصرف نظرا إلى أصل التصرف وإن امتنع لعارض ، وبيع الخمر يجوز للمسلم فى الأصل ، وإنما امتنع بعارض النهى ، كذا فى الكافى والكفاية والتبيين . قال صاحب النهاية فى تفسير قوله ممن يملك التصرف : أى ممن يملك ذلك التصرف الذى وكل الوكيل به ، وقال : قد ذكرنا فى أوائل كتاب الوكالة من رواية الذخيرة أن هذا القيد وقع على قول أبي يوسف ومحمد . وأما على قول أبي حنيفة فمن شرط الوكالة كون التوكيل حاصلا بما يملكه الوكيل ، فأما كون الموكل مالكا لذلك التصرف الذى وكل الوكيل به فليس بشرط ، ثم قال : فإن قلت : يشكل على ما ذكرناه فى الكتاب ما ذكره فى الذخيرة بقوله وإذا قال الرجل لغيره خذ عبدى هذا وبعه بعبد أو قال اشترى به هدا صح التوكيل بهذا ، وإن لم يصح مباشرة الموكل فى مثل هذا التصرف ، فإن من قال لغيره بعثك هذا العبد بعبد أو قال اشترى منك بهذا العبد عبدا لا يجوز . قلت : إنما جاز ذلك فى التوكيل بهذا ولم يجر فى مباشرة نفسه لوجود المعنى للفارق بينهما وهو أن الجهالة إنما تمنع عن الجواز لإفضائها إلى المنازعة ، وأما إذا لم تؤد إليها فلا تمنع كما فى بيع قفيز من صبرة طعام أو شرائه ثم جهالة الوصف فى التوكيل لاتفضى إلى المنازعة لأن التوكيل ليس بأمر لازم ، ولا كذلك المباشرة لأنها لازمة فتفضى إلى المنازعة ، والمنازع من الصحة المنازعة لانفس الجهالة انتهى كلامه . أقول : فى جوابه بحث لأن الفارق المذكور فيه إنما أفاد كية صحة التوكيل فى مسألة الذخيرة وعدم صحة المباشرة بنفسه فى مثله ، وهذا القيد لا يدفع السؤال المذكور بل يقويه لأن حاصله أن ما ذكر فى الكتاب من شرط الوكالة غير متحقق فى مسألة الذخيرة مع تحقق الشروط فيها . والفارق المذكور يقرر هذا المعنى كما لا يخفى . وقال صاحب العناية : قال صاحب النهاية : إن هذا القيد وقع على قول أبي يوسف ومحمد . وأما على قول أبي حنيفة فمن شرطها أن يكون الوكيل ممن يملك التصرف لأن المسلم لا يملك التصرف فى الخمر ، ولو وكل به جاز عنده ،

ومنشأ هذا التوهم أنه جعل اللام في قوله يملك التصرف للعهد : أى لا يملك التصرف الذى وكل به ، وأما إذا جعلت للجنس حتى يكون معناه يملك جنس التصرف احترازاً عن الصبي والمجنون فيكون على مذهب الكل ، وهو المراد بدليل قوله ممن يملك التصرف حيث لم يقل أن يكون الموكل يملك التصرف فإن الأنسب لكلمة من جنس التصرف انتهى . وأورد بعض الفضلاء على قوله فإن الأنسب لكلمة من جنس التصرف ، وأجاب حيث قال : لا يخفى عليك أن مدخول كلمة من هو قوله من يملك دون التصرف . والجواب أن مراده أن المالك للتصرف المخصوص لا يتعدد حتى يستقيم لإدخال «من» في من يملك انتهى . أقول : ليس الأمر كما زعمه ، فإننا لانسلم أن المالك للتصرف المخصوص لا يتعدد ؛ ألا يرى إلى الحقوق المشتركة مالا كانت أو غيره ، فإن كل واحد من أصحابها يملك التصرف فيها تصرفاً مخصوصاً ، وإن وصل مبلغهم في التعدد إلى الألف ، مثلاً إذا كانت دار مشتركة بين كثيرين ، فلا شك أن كل واحد منهم يملك التصرف فيها بسكنى أو غيره . ولئن سلمنا ذلك فلا نسلم عدم استقامة إدخال «من» حينئذ في من يملك ، فإن ذلك إنما يتوهم لو كانت كلمة من هاهنا للتبويض ، وأما إذا كانت للتبيين كما هو الظاهر في اللقائم فيستقيم جداً كما لا يخفى . ثم إن ما ذكره كله مبنى على فهم أن يكون مراد صاحب العناية بكلمة من في قوله فإن الأنسب لكلمة من جنس التصرف حرف الجز الداخلة على الاسم الموصول . والظاهر أن مراده بها نفس الاسم الموصول بدليل قوله يملك التصرف في قوله حيث لم يقل أن يكون الموكل يملك التصرف ، إذ لو كان مدار كلامه زيادة حرف الجرح لقال حيث لم يقل أن يكون الموكل من يملك التصرف بجرح حرف الجز فقط ، فوجه الأنسية حينئذ أن الاسم المذكور من مبهات المعارف على ما عرف في النحو ومن ألفاظ العام على ما عرف في الأصول ، فيكون المراد به جنس المالك لا الفرد المعين منه ، ولا شك أن الذى يملكه جنس المالك هو جنس التصرف دون التصرف المعهود ، ثم قال ذلك البعض إن الأنسية قد فاتت في قوله ويقصده كما لا يخفى . أقول : هذا أيضاً ليس بسديد ، فإن قوله ويقصده وإن لم يكن مقروناً بكلمة من صراحة لكنه مقرون بها حكماً فإنه معطوف على ما هو في حيز كلمة من وهو قوله يعقل العقد في قوله ممن يعقل العقد . ولا شك أن المعطوف في حكم المعطوف عليه بالنظر إلى ما قبله على ما تقر في علم الأدب ، فقد حصلت الأنسية المذكورة هناك أيضاً . ثم إن حمل التصرف في قول القدورى ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف على جنس التصرف دون التصرف الذى وكل به مما سبق إليه صاحب غاية البيان حيث قال : قيل لا يستقيم هذا الشرط إلا على مذهب أبى يوسف ومحمد رحمهما الله ، لأنه لو كان شرط الوكالة أن يكون الموكل مالكا للتصرف على مذهب أبى حنيفة لم يميز أن يوكل المسلم الذى يبيع الخمر وشراؤها ، وهو جائز على مذهب أبى حنيفة مع أن المسلم لا يملك التصرف بنفسه ، فعلم أنه ليس بشرط على مذهبه ، بل الشرط عنده أن يكون الوكيل مالكا لذلك التصرف الذى وكل به . ثم قال : قلت هذا الشرط الذى شرطه القدورى يستقيم على مذهب الكل ، وإنما خص هذا القائل الاستقامة على مذهبهما لأنه لا يدرك كنه كلام القدورى ، إذ مضمون كلامه أن الوكالة لها شرط في الموكل وشرط في الوكيل . فالأول أن يكون الموكل ممن يملك التصرف ويلزمه الأحكام . والثاني أن يكون الوكيل ممن يعقل العقد ويقصده ، ومعنى قوله أن يكون ممن يملك التصرف أن يكون له ولاية شرعا في جنس التصرف بأهلية نفسه بأن يكون بالغاً عاقلاً على وجه يلزمه حكم التصرف ، وهذا المعنى حاصل في توكيل المسلم الذى في الخمر والخنزير يبيعاً وشراءً ، لأن المسلم الموكل عاقل بالغ له ولاية شرعا في جنس التصرف على وجه يلزمه حكم التصرف فيما تصرف بولايته . والشرط الآخر وهو أن يعقل العقد ويقصده حاصل في الوكيل أيضاً وهو الذى لأنه يعقل معنى البيع والشراء ويقصده ، فصيح الشرط إذن على مذهب الكل ، والحمد لله الذى هدانا لهذا وما كنا لنهتدى لولا أن هدانا الله ، إلى هنا كلامه . ورد عليه الشارح ابن الهمام حيث قال : قيل إنما يستقيم الشرط الأول على قولهما أما على قوله فلا ، لأنه يجزى توكيل المسلم الذى يبيع خمر وشراؤها والمسلم لا يملكه . وأجاب بعضهم بأن المراد بملكه التصرف أن يكون له ولاية شرعية في جنس التصرف بأهلية نفسه بأن يكون عاقلاً بالغاً ، وهذا حاصل في توكيل المسلم الذى يبيع خمر وشراؤها ، ثم حمد الله على ما هداه لذلك ، وهو خطأ إذ يقتضى أن لا يصح توكيل الصبي المأذون لعدم البلوغ وليس بصحيح ، بل إذا وكل الصبي المأذون يصح بعد أن يعقل معنى البيع انتهى كلامه . أقول : ما ذهب إليه

صاحب الغاية هاهنا ليس بمثابة أن يقال له هو خطأ بمجرد ما ذكره ابن الهمام ، فإن الذى يهيمه فى توجيه المقام هو قوله المراد بملكه التصرف أن يكون له ولاية شرعية فى جنس التصرف بأهلية نفسه ، وهذا لا يقتضى أن لا يصح توكيل الصبي المأذون كما لا يخفى على العارف بحكم الصبي المأذون على مذهبتنا فى فصله . وأما قوله بأن يكون بالغاً عاقلاً ففضلة من التوجيه ذكره لبيان أن المقصود بالشرط المذكور هو الاحتراز عن المجنون والصبي المحجور . وأما الصبي المأذون فكونه بمنزلة البالغ فى عامة التصرفات معلوم فى محله فهو فى حكم المستثنى ، وعن هذا ترى الفقهاء فى كل عقد جعلوا العقل والبلوغ شرطاً فيه وقصدوا به الاحتراز عن الصبي والمجنون لم يستثنوا الصبي المأذون عنه صراحة (وتلزمه الأحكام) قيل هذا احتراز عن الوكيل فإن الوكيل ممن لا يثبت له حكم تصرفه وهو الملك ، لأن الوكيل بالشراء لا يملك المبيع والوكيل بالبيع لا يملك الثمن فلذلك لا يصح توكيل الوكيل غيره . وقيل هو احتراز عن الصبي والعبد المحجورين ؛ فإيهما لو اشترى شيئاً لا يملكه فلهذا لم يصح توكيلهما ، كذا فى أكثر الشروح . قال صاحب غاية البيان للقليل الثانى : وهذا هو الأصح من الأول ولم يبين وجهه . وقال صاحب العناية : قوله ويلزمه الأحكام يحتمل أحكام ذلك التصرف وجنس الأحكام . فالأول احتراز عن الوكيل إذا وكل فإنه يملك ذلك التصرف دون التوكيل به لأنه لم تلزمه الأحكام ، وعلى هذا يكون فى الكلام شرطان . والثانى : احتراز عن الصبي والمجنون ويكون ملك التصرف ولزوم الأحكام شرطاً واحداً ، وهذا أصح لأن الوكيل إذا أذن له بالتوكيل صح ولم يلزمه أحكام ذلك التصرف . فإن قلت : إذا جعلتهما شرطاً واحداً لزمك الوكيل فإنه ممن يملك جنس التصرف ويلزمه جنس الأحكام ولا يجوز توكيله قلت : غلط لأن وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط لا سيما مع وجود المانع وهو فوات رأيه انتهى كلامه (لأن الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل) تعليل لاشتراط ما شرطت الوكالة به : يعنى أن الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل لكونه نائباً عنه فيكون التوكيل تمليك التصرف وتمليك التصرف ممن لا يملكه محال (فلا بد أن يكون الموكل مالكا) أى للتصرف (لملكه من غيره) قال صاحب العناية : ولقائل أن يقول : الوكيل يملك جنس التصرف من جهة الموكل أو التصرف الذى وكل فيه ، والثانى مسلم وينتقض بتوكيل المسلم الذى يبيع الخمر ، والأول ممنوع فإنه يملكه بأهليته ولهذا لو تصرف لنفسه صح . والجواب أن الوكيل من حيث هو وكيل يملك جنس التصرف من جهة الموكل على أن الملك يثبت له خلافة عن الموكل فيما تصرف فيه بطريق الوكالة ، وتصرفه لنفسه ليس بطريق الوكالة ولا الكلام فيه ، ولا ينافيه أيضاً لجواز ثبوت شيء بأمرين على البطل انتهى . أقول : فى جوابه نظر ، لأن كون الوكيل من حيث هو وكيل مالكا لجنس التصرف من جهة الموكل إنما يتوهم فى التوكيل بتصرف لابعينه بأن قال اصنع ماشئت أو اعمل برأيك ، وأما فى التوكيل بتصرف بعينه كما فى ما نحن فيه من مادة النقض بتوكيل مسلم ذمياً ببيع خمر فلا يتصور ذلك قطعاً ، إذ لا شك أن الوكيل هناك إنما يملك من جهة الموكل التصرف المعين المعلوم الذى وكل به وهو بيع الخمر لا جنس التصرف مطلقاً وإلا لصح له أن يتصرف هناك بتصرف آخر ، كأن يهب الخمر التى وكل ببيعها لذى أو يشتري بها منه شيئاً أو نحو ذلك من جنس التصرفات ، وليس كذلك قطعاً . والحق عندى فى الجواب أن يختار الشق الثانى وهو أن الوكيل يملك التصرف الذى وكل به من جهة الموكل . ويدفع النقض المذكور بحمل ما فى الكتاب على قول أبى يوسف ومحمد أو بناء ذلك على الأصل فإن بيع الخمر جائز للمسلم فى الأصل ، وإنما امتنع بعارض النهى ، وقد ذكرنا كلا الوجهين فى صدر الكلام نقلاً عن الكتب المعتمدة (ويشترط أن يكون الوكيل ممن يعقل العقد) بأن يعرف مثلاً أن البيع سالب والشراء جالب ويعرف الغبن اليسير من الغبن الفاحش ، كذا ذكره فى مأذون الذخيرة وفى أكثر المعتمديات ، وهو احتراز عن الصبي الذى لم يعقل والمجنون (ويقصده) أى يقصد العقد ، والمراد أن لا يكون هازلاً فيه ، كذا رأى جمهور الشراح . ورد عليهم الشارح ابن الهمام حيث قال بعد نقل قولهم : أى ارتباط بين صحة الوكالة وكون الوكيل هازلاً فى البيع ولو كان فى بيع ما وكل ببيعه غايته أن لا يصح ذلك البيع والوكالة صحيحة انتهى . أقول : يخرج الجواب عنه مما ذكره الشارح تاج الشريعة هاهنا حيث قال : القصد شرط فى وقوع العقد عن الأمر ، حتى لو تصرف هازلاً لا يقع عنه انتهى فتأمل . وإنما اشترط ذلك فى الوكيل (لأنه يقوم مقام الموكل فى العبارة فلا بد أن يكون من أهل العبارة) وأهلية العبارة لا تكون إلا بالعقل والتمييز لأن كلام غير المميز

كألحان الطيور (حتى لو كان) أى الوكيل (صبيا لا يعقل أو مجنوناً كان التوكيل باطلاً) إذ ليس لهما أهلية العبارة فلا يتعلق بقولهما حكم. قال صاحب العناية : وهذا يشير إلى أن معرفة الغبن اليسير من الفاحش ليس بشرط في صحة التوكيل ، لكن ذكر في الكتاب أن ذلك شرط ، وهو مشكل لأنهم اتفقوا على أن توكيل الصبي العاقل صحيح ، ومعرفة ما زاد على «ده نيم» في المتاع و«ده يازده» في الحيوان و«ده دوازده» في العقار . أو ما يدخل تحت تقويم المقومين مما لا يطلع عليه أحد إلا بعد الاشتغال بعلم الفقه . انتهى . أقول : فيه بحث ، لأنه إن أراد أن معرفة نفس الغبن الفاحش الداخل تحت أحد التفسيرين المذكورين مما لا يطلع عليه أحد إلا بعد الاشتغال بعلم الفقه فمنوع ، إذ لاشك أن من لا يمارس العلم أصلاً فضلاً عن الاشتغال بعلم الفقه يعرف باختلاطه بالناس وتعامله معهم أن مازاد على ما يدخل تحت تقويم المقومين أو مازاد على «ده نيم» في المتاع و«ده يازده» في الحيوان ، و«ده دوازده» في العقار غبن فاحش ، وما دون ذلك غبن يسير كما هو حال أكثر أهل السوق . وإن أراد أن معرفة عبارات أهل الشرع في الغبن الفاحش واليسير واصطلاحاتهم فيه مما لا يطلع عليه أحد إلا بعد الاشتغال بعلم الفقه فسلم ، لكن لا يجدى ذلك شيئاً ، إذ لا يفتى أن المراد بما ذكر في الكتاب معرفة الغبن اليسير من الفاحش على الوجه الأول دون الثاني (وإذا وكل الحر البالغ أو المأذون مثلهما جاز) هذا لفظ القدورى في مختصره ، وكان ينبغى أن يقيد بالعاقل أيضاً لأن المجنون إذا وكل غيره لا يجوز ، وكأنه إنما لم يقيد بذلك بناء على الغالب لأن غالب أحوال الإنسان أن يكون عاقلاً ، أو بناء على أن اشتراط العقل مما يعرفه كل أحد ، وإنما أطلق المأذون ليشمل العبد والصبي المأذونين ، فإن توكيل كل واحد منهما غيره جائز كسائر تصرفاتهما . ثم إن هذا غير منحصر في المثلية في صفة الحرية والرقية ، بل يجوز للموكل أن يوكل من فوقه كتوكيل العبد المأذون الحر أو من دونه كتوكيل الحر العبد المأذون ؛ ألا يرى أن التعليل بقوله (لأن الموكل مالك للتصرف والوكيل من أهل العبارة) يشمل الأوجه الثلاثة من المثلية والفوقية والدونية كما ذكر في النهاية ومعراج الدراية ، وعن هذا قال صدر الشريعة في شرح الوقاية : ولوقال كلا منهما كان أشمل لتناوله توكيل الحر البالغ مثله أو المأذون ، وتوكيل المأذون مثله أو الحر البالغ انتهى . وصاحب العناية قد رام توجيه الكلام في هذا المقام حيث قال : ويفهم من قوله مثلهما جواز توكيل من كان فوقهما بطريق الأولى . أقول : لا يذهب عليك أنه لا يجدى كثير طائل ، إذ يبقى حينئذ جواز توكيل من كان دون الموكل محلاً للكلام ، على أن قوله من كان فوقهما لا يخلو عن سماجة إذ لا أحد فوق الحر البالغ (وإن وكل) أى الحر البالغ أو المأذون (صبيا محجوراً يعقل البيع والشراء أو عبداً محجوراً عليه جاز) خلافاً للشافعى رحمه الله (ولا يتعلق بهما الحقوق) أى حقوق ما باشراه من العقد كالقاضى وأمينه حيث لاعهده عليهما فيما فعلاه (وتنتقل بموكلهما) وإنما جاز توكيلهما عندنا لانقضاء ما يمنعه ، أما من جانب الموكل فظاهر ، وأما من جانب الوكيل فلما ذكره بقوله (لأن الصبي) من أهل العبارة ؛ ألا يرى أنه ينفذ تصرفه بإذن وليه والعبد من أهل التصرف على نفسه مالك له) أى للتصرف على نفسه ولهذا صح طلاقه وإقراره بالحدود والقصاص (وإنما لا يملكه) أى التصرف (في حق المولى) دفعا للضرر عنه (والتوكيل ليس تصرفاً في حقه) أى في حق المولى لأن صحة التوكيل تتعلق بصحة العبارة والعبد باق على أصل الحرية في حق صحة العبارة ، فإن صحها بكونه آدمياً (إلا أنه لا يصح منهما) أى من الصبي والعبد المحجور (التزام العهدة ، أما الصبي لقصور أهليته) أى أما الصبي المحجور عليه فللقصور أهليته بعدم البلوغ (والعبد لحق سيده) أى وأما العبد المحجور عليه فلثبوت حق سيده في مالته ، فلو لزمه العهدة لتضرر به المولى ، وإذا كان كذلك (فتلزم) أى العهدة (الموكل) لأنه أقرب الناس إليهما حيث انتفع بتصرفهما . ويفهم من هذا التعليل أن العبد إذا اعتق لزمه العهدة لأن المانع من لزومها كان حق المولى وقد زال ذلك بالعتق ، وأن الصبي إذا بلغ لم يلزمه العهدة لأن المانع من لزومها كان قصور أهليته حيث لم يكن قوله ملزماً في حق نفسه في ذلك الوقت فلم تلزمه بعد البلوغ أيضاً . والفرق بينهما بهذا الوجه مما ذكر صريحاً في المبسوط وشرح الجامع الصغير للإمام قاضى خان . ثم إن في تقييد الصبي والعبد بقوله محجوراً عليه إشارة إلى أنهما لو كانا مأذونين تعلق الحقوق بهما لكن ذلك ليس بمطلق بل فيه تفصيل ذكر في الذخيرة . وهو أن الصبي المأذون إذا وكل بالبيع فباع لزمه العهدة سواء كان الثمن حالاً أو مؤجلاً وإذا وكل بالشراء ؛ فإن وكل بالشراء بشمن مؤجل لم تلزمه العهدة قياساً واستحساناً بل تكون العهدة على

قال (والعقد الذى يعقده الوكلاء على ضربين : كل عقد يضيفه الوكيل لى نفسه كالبيع والإجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل دون الموكل . وقال الشافعى رحمه الله : تتعلق بالموكل لأن الحقوق تابعة لحكم التصرف ، والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل ، فكذا توابعه وصار كالرسول والوكيل بالنكاح .

الأمر حتى أن البائع يطالب الأمر بالثمن لأن مايلزمه من العهدة ضمان كفالة لاضمان ثمن ، لأن ضمان الثمن مايفيد الملك للضامن فى المشتري ، وهذا ليس كذلك إنما هذا التزم مالا فى ذمته استوجب مثل ذلك على موكله وهذا هو معنى الكفالة ، والصبي المأذون يلزمه ضمان الثمن لاضمان الكفالة . وأما إذا وكل بالشراء بثمن حال فالقياس أن لايلزمه العهدة . وفى الاستحسان يلزمه لأن ما التزمه ضمان ثمن حيث ملك المشتري من حيث الحكم فإنه يحبس بالثمن حتى يستوفى من الموكل ، كما لو اشترى لنفسه ثم باع منه والصبي المأذون من أهل ذلك ، بخلاف ما إذا كان الثمن مؤجلا لأنه بما يضمن من الثمن لايملك المشتري لامن حيث الحقيقة ولا من حيث الحكم لأنه لايملك حبسه بذلك فكان ضمان كفالة من حيث المعنى . والجواب فى العبد المأذون إذا وكل بالبيع أو الشراء على هذا التفصيل . ثم اعلم أن الصبي والعبد المحجورين وإن لم يتعلق بهما الحقوق فلقبضهما الثمن وتسليمهما المبيع اعتبار لما ذكر فى الكتاب من بعد فى فصل الشراء فى التوكيل بعقد السلم حيث قال : والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصبح قبضه وإن كان لايتعلق به الحقوق كالصبي والعبد المحجور عليه انتهى (وعن أبى يوسف أن المشتري إذا لم يعلم بحال البائع ثم علم أنه صبي أو عبد محجور) وفى بعض النسخ : أو مجنون ، فقيل المراد به من يجن ويفيق ، وقيل على حاشية نسخة المصنف محجور مقام مجنون . قال صاحب الكفاية عند نقل هذين القولين : وفى الكافي للعلامة النسفى : ثم علم أنه صبي محجور أو عبد محجور فالظاهر أن قوله مجنون تصحيف انتهى (له خيار الفسخ) أى للمشتري خيار الفسخ فى هذه الصورة (لأنه) أى لأن المشتري (دخل فى العقد على) ظن (أن حقوقه تتعلق بالعاقد) يعنى أن المشتري ما رضى بالعقد إلا على اعتقاد أن حقوقه تتعلق بالعاقد (فإذا ظهر خلافه يتخير) لأنه فات عنه وصف مرغوب فيه : فصار (كما إذا عثر) أى اطلع (على عيب) أى على عيب لم يرض به والجامع بينهما عدم الرضا . وفى ظاهر الرواية لاخيار للمشتري ولا للبائع ذكره تاج الشريعة (قال) أى القدورى فى مختصره (والعقود التى يعقدها الوكلاء على ضربين) وقال فى بعض نسخه : والعقد الذى يعقده الوكلاء : أى جنس العقد كذا فى غاية البيان (كل عقد يضيفه الوكيل لى نفسه) أى تصح إضافة لى نفسه ويستغنى عن إضافته لى الموكل (كالبيع والإجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل دون الموكل) أقول : هذه الكلية تنتقض بما إذا كان الوكيل صبيًا محجورا عليه أو عبداً محجورا عليه . فإن حقوق عقدهما تتعلق بالموكل وإن كان العقد بما يضيفه الوكيل لى نفسه كما عرفته فيما مر (وقال الشافعى : تتعلق بالموكل) وبه قال مالك وأحمد (لأن الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه وصار) أى صار الوكيل فى هذا الضرب (كالرسول) فإن قال رجل لآخر كن رسولى فى بيع عبدي وحقوق العقد لايتعلق بالرسول بلا خلاف (والوكيل بالنكاح) أى وصار كالوكيل بالنكاح من الضرب الثانى فإن حقوق عقد النكاح تتعلق بالموكل اتفاقا كما سيجىء

قال (والعقد الذى يعقده الوكلاء على ضربين الخ) العقود التى يعقدها الوكلاء على ضربين : ضرب يتعلق حقوقه بالوكيل ، وآخر بالموكل . فضابطة الأول كل عقد يضيفه الوكيل لى نفسه كالبيع والإجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل . وقال الشافعى : تتعلق بالموكل لأن الحقوق تابعة لحكم التصرف ، وحكم التصرف هو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه ، واعتبره بالرسول وبالوكيل

(قوله العقود التى يعقدها الوكلاء على ضربين) أقول : الظاهر أن القسمة لى الضربين باعتبار الإضافة لى نفسه ، وإلى الموكل لايعتبار تعلق الحقوق بل هو حكم القسم ، وإنما سلك المصنف هذه الطريقة قصرا للمسافة حيث بين القسم ضمنا وحكمه صريحا بكلام واحد فليتأمل ، ثم لما كان الحكم مقصودا ذكره صريحا .

ولنا أن الوكيل هو العاقد حقيقة لأن العقد يقوم بالكلام ، وصحة عبارته لكونه آدميا وكذا حكما لأنه يستغنى عن إضافة العقد إلى الموكل ، ولو كان سفيرا عنه لما استغنى عن ذلك كالرسول ، وإذا كان كذلك كان أصيلا في الحقوق فتتعلق به ولهذا قال في الكتاب (يسلم المبيع ويقبض الثمن ويطلب الثمن إذا اشترى ، ويقبض المبيع ويخاصم في العيب ويخاصم فيه) لأن كل ذلك من الحقوق والملك يثبت للموكل بخلافه عنه .

(ولنا أن الوكيل هو العاقد) يعني أن الوكيل في هذا الضرب هو العاقد (حقيقة) أي من حيث الحقيقة (لأن العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته) أي وصحة عبارة العاقد : أي صحة كلامه (لكونه آدميا له أهلية الإيجاب والاستيجاب لكونه كيلا ، فكان العقد الواقع منه ولغيره سواء . وفي الكافي : فقضيته تستدعي أن يكون الحاصل بالتصرف واقعا له غير أن الموكل لما استنابه في تحصيل الحكم جعلناه نائبا في حق الحكم وراعينا الأصل في حق الحقوق (وكذا حكما) أي وكذا الوكيل في هذا الضرب هو العاقد من حيث الحكم (لأنه) أي الوكيل (يستغنى عن إضافة العقد إلى الموكل ولو كان سفيرا) عنه (لما استغنى عن ذلك) أي عن إضافة العقد إلى الموكل (كالرسول) والوكيل بالنكاح فإنهما لا يستغنيان عن الإضافة إليه (وإذا كان كذلك) أي إذا كان الوكيل في هذا الضرب هو العاقد حقيقة وحكما (كان أصيلا في الحقوق فتتعلق) حقوق العقد (به) أي بتتعلق الحقوق بالوكيل دون الموكل (فلهذا) أي فلكون الوكيل في هذا الضرب أصيلا في الحقوق (قال في الكتاب) أي قال القدروري في المختصر . وقيل : أي قال محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير أو المبسوط (يسلم المبيع) أي يسلم الوكيل المبيع (ويقبض الثمن) إذا باع (ويطلب) بصيغة المجهول : أي يطلب الوكيل (بالثمن إذا اشترى ويقبض المبيع) أي ويقبض المبيع إذا اشترى (ويخاصم في العيب ويخاصم فيه) بفتح الصاد في الأول وكسرها في الثاني ، فالأول فيما إذا باع ، والثاني فيما إذا اشترى على الترتيب السابق . واعلم أن هاهنا فائدة جلية يجب التنبه لها قد ذكرها صدر الشريعة في شرح الوقاية حيث قال : يجب أن يعلم أن الحقوق نوعان : حق يكون للوكيل ، وحق يكون على الوكيل . فالأول كقبض المبيع ومطالبة ثمن المشتري والمخاصمة في العيب والرجوع بثمن مستحق ، في هذا النوع الوكيل ولاية هذه الأمور لكن لا يجب عليه ، فإن امتنع لا يجبره الموكل على هذه الأفعال لأنه يتبرع في العمل بل يوكل الموكل بهذه الأفعال ، وسيأتي في كتاب المضاربة بعض هذا ، وإن مات الوكيل فولاية هذه الأفعال لورثته ، فإن امتنعوا وكلوا موكل مورثهم . وعند الشافعي للموكل ولاية هذه الأفعال بلا توكيل من الوكيل أو وارثه . وفي النوع الآخر يكون الوكيل مدعى عليه فللمدعى أن يجبر الوكيل على تسليم المبيع وتسليم الثمن وأخواتهما إلى هنا كلامه (والملك يثبت للموكل بخلافه عنه) أي عن الوكيل ، هذا جواب عما قاله الشافعي إن الحقوق تابعة لحكم التصرف ، والحكم وهو الملك يتعلق

في النكاح . (ولنا أن الوكيل هو العاقد في هذا الضرب حقيقة وحكما) أما حقيقة فلأن العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه آدميا له أهلية الإيجاب والاستيجاب فكان العقد الواقع منه له ولغيره سواء . وأما حكما فلأنه يستغنى عن إضافة العقد إلى الموكل ، بخلاف الرسول والوكيل بالنكاح فإنهما لا يستغنيان عن الإضافة إليه ، وإذا كان كذلك كان الوكيل أصيلا في الحقوق فتتعلق به فلهذا قال القدروري في المختصر أو قال محمد في المبسوط : يسلم المبيع ويقبض الثمن ويطلب الثمن إذا اشترى ويقبض المبيع ويخاصم في العيب ويخاصم فيه لأن ذلك كله من حقوق العقد (قوله والملك يثبت للموكل بخلافه) جواب عما قاله الشافعي إن الحقوق تابعة لحكم التصرف ، والحكم يتعلق بالموكل فكذا توابعه . وتقديره أن الملك يقع للموكل ولكن يعقد الوكيل على سبيل الخلافه عنه ، ومعنى الخلافه أن يثبت الملك للموكل ابتداء ، والسبب انعقد موجبا حكمه للوكيل فكان قائما مقامه في ثبوت الملك بالتوكيل السابق ، وهذا طريقة أبي طاهر الدباس وإليه ذهب جماعة من أصحابنا . وقال شمس الأئمة : قول أبي طاهر أصح . وقال المصنف : هو الصحيح . فإن قيل : قول أبي طاهر كقول الشافعي فكيف يصح جوابا عنه مع التزام قوله فإنه يقول الحكم وهو الملك

(قوله جواب عما قاله النج) أقول : فغلاصة الجواب أنكم إن أردتم أن الحقوق تابعة لحكم التصرف الثابت أصالة فسلم وما نحن فيه ليس كذلك ، وإن أردتم مطلقا فمنوع وهل النزاع إلا فيه (قوله على سبيل الخلافه الخ) أقول : قوله على متعلق بقوله يقع ، وألغى أن الملك للموكل يقع على سبيل الخلافه تأمل (قوله والسبب انعقد موجبا حكمه للوكيل) أقول : قوله للوكيل متعلق بقوله موجبا (قوله فإن قيل ، إلى قوله : فإنه يقول) أقول : الضمير في قوله فإنه راجع إلى أبي طاهر .

اعتبارا للتوكيل السابق كالعبد يتب ويصطاد هو الصحيح .

بالموكل فكذا توابعه . تقريره أن الملك يثبت للموكل ابتداء . لكن لأصالة حتى يثبت له توابعه أيضا بل خلافة عن الوكيل ، ومعنى الخلافة أن يثبت الملك للموكل ابتداء وينعقد السبب موجبا حكمه للوكيل فكان الموكل قائما مقام الوكيل في ثبوت الملك (اعتبارا للتوكيل السابق) والحاصل أن الوكيل خلف عن الموكل في حق استفادة التصرف والموكل خلف عن الوكيل في حق ثبوت الملك (كالعبد يتب ويصطاد) فإنه إذا اتب : أى قبل الهبة واصطاد يثبت الملك للمولى ابتداء خلافة عن العبد ، فإن ولاه يقوم مقامه في الملك بذلك السبب كما ذكر في المبسوط . وتحقيق المسئلة أن لتصرف الوكيل جهتين : جهة حصوله بعبارة وجهته نيابته ، وإعمالها ولو بوجه أولى من إهمال أحدهما ، فلو أثبتنا الملك والحقوق للوكيل على ما هو مقتضى القياس لحصولهما بعبارة وأهليته بطل توكيل الموكل ، ولو أثبتناهما للموكل بطل عبارة الوكيل : فأثبتنا الملك للموكل لأنه الغرض من التوكيل ، وإليه أشار المصنف بقوله اعتبارا للتوكيل السابق فتعين الحقوق للوكيل ، ويجوز أن يثبت الحكم لغير من انعقد له السبب كالعبد يقبل الهبة والصدقة ويصطاد فإن مولاه يقوم مقامه في الملك بذلك السبب : كذا في العناية . ثم اعلم أن هذا الملك طريقة أبى طاهر الدباس وإليه ذهب جماعة من أصحابنا . قال شمس الأئمة السرخسي : قول أبى طاهر أصح . وقال المصنف (هو الصحيح) وأحترز به عن طريقة أبى الحسن الكرخي وهى أن الملك يثبت للوكيل أولا ثم ينتقل إلى الموكل ، وإليها ذهب بعض أصحابنا وهى اختيار الإمام قاضيهان كما ذكر في التحرير ، وإنما قال هو الصحيح لأن الوكيل إذا اشترى منكوحته أو قريبه لا يفسد النكاح ولا يعتق عليه ، ولو لم يثبت له الملك لما كان كذلك . قال صاحب العناية : وجوابه أن نفوذ العتق يحتاج إلى ملك مستقر دائم وملك الوكيل غير مستقر ولا دائم فيه بل يزول عنه في ثانی الحال وينتقل إلى الموكل باعتبار الوكالة السابقة . قال في الزيادات فيمن تزوج أمة ثم حرّره على رقبته فأجاز مولاه فإنه تصير الأمة مبرا للحرّة ولا يفسد النكاح وإن ثبت الملك للزوج فيها ، لأن ملكه غير مستقر حيث ينتقل منه إلى الحرّة فكذلك هاهنا انتهى . وقال صاحب العناية بعد ذكر هذا الجواب : وفيه نظر لأنه يخالف إطلاق قوله صلى الله عليه وسلم « من ملك ذا رحم محرّم منه عتق عليه » الحديث انتهى . أقول : الجواب عن هذا النظر

يثبت للموكل فكذا الحقوق ، فالجواب أنه ليس كذلك لأنه يقول بثبوت الملك له خلافة والشافعي أصالة . وتحقيق المسئلة أن لتصرف الوكيل جهتين : جهة حصوله بعبارة ، وجهة نيابته عن الموكل ، وإعمالها ولو بوجه أولى من إهمال أحدهما ، فلو أثبتنا الملك والحقوق للوكيل على ما هو مقتضى القياس لحصولهما بعبارة وأهليته بطل التوكيل ، ولو أثبتناهما للموكل بطل عبارة فأثبتنا الملك للموكل لأنه الغرض من التوكيل ، وإليه أشار المصنف بقوله (اعتبارا للتوكيل السابق) فتعين الحقوق للوكيل ، ويجوز أن يثبت الحكم لغير من انعقد له السبب كالعبد يقبل الهبة والصدقة ويصطاد فإن مولاه يقوم مقامه في الملك بذلك السبب (قوله هو الصحيح) احتراز عن طريقة الكرخي وهى أن الملك يثبت للوكيل لتحقيق السبب من جهته ثم ينتقل إلى الموكل ، وإنما كان الأول هو الصحيح لأن المشتري إذا كان منكوحه الوكيل أو قريبه لا يفسد النكاح ولا يعتق عليه ، ولو ملك المشتري لكان ذلك . وأجيب بأن نفوذ العتق يقتضى ملكا مستقرا . قال في الزيادات فيمن تزوج أمة ثم حرّره على رقبته فأجاز المولى صارت الأمة مبرا للحرّة ولم يفسد النكاح وإن ملكها الزوج لعدم استقرار الملك وملك الوكيل غير مستقر ينتقل في ثانی الحال فلا يعتق عليه . وفيه نظر لأنه يخالف إطلاق قوله عليه الصلاة والسلام « من ملك ذا رحم محرّم منه عتق عليه » الحديث . وقال القاضي أبو زيد : الوكيل نائب في حق الحكم أصيل في حق الحقوق ، فإن الحقوق تثبت له ثم تنتقل إلى الموكل من قبله ،

(قوله وهى أن الملك يثبت) أقول : وقد سبق آنفا أنه مقتضى القياس (قوله لأنه يخالف إطلاق قوله عليه الصلاة والسلام) أقول : المطلق ينصرف إلى الكامل كما نص عليه في كتب الأصول ، والملك الكامل هو الملك المستقر (قوله وقال القاضي الخ) أقول : والذي يظهر من كلام المصنف أنه اختار قول أبى زيد إلا أن يؤول قوله كان أصلا في الحقوق ويحمل على المبالغة في التشبيه (قوله ثم ينتقل إلى الموكل من قبله) أقول : يعنى بأن يوكله .

قال العبد الضعيف : وفي مسألة العيب تفصيل نذكره إن شاء الله تعالى . قال (وكل عقد يضيفه إلى موكله كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فإن حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا يلزم وكيل المرأة تسليمها) لأن الوكيل فيها سفير محض ؛ ألا يرى أنه لا يستغنى عن إضافة العقد إلى الموكل ، ولو أضافه إلى نفسه كان النكاح له فصار كالرسول ،

ظاهر ، إذ قد تقرر عندهم أن المطلق ينصرف إلى الكامل ، ولا شك أن الملك الكامل هو الملك المستقر فلا مخالفة . قال الصدر الشهيد : إن القاضي أبا زيد خالفهما وقال : الوكيل نائب في حق الحكم أصيل في حق الحقوق ، فإن الحقوق تثبت له ثم تنتقل إلى الموكل من قبله فوافق أبا الحسن في حق الحقوق ، ووافق أبا طاهر في حق الحكم وهذا حسن ، كذا ذكر في الإيضاح والفتاوى الصغرى (قال رضى الله عنه) أى قال المصنف رحمه الله (وفي مسألة العيب تفصيل نذكره إن شاء الله تعالى) أراد به ما ذكره في باب الوكالة بالبيع والشراء بقوله : وإذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب فله أن يرده بالعيب مادام المبيع في يده ، وإن سلمه إلى الموكل لم يرده إلا بإذنه ، كذا في عامة الشروح . قال بعض الفضلاء : القصر عليه قصور بل الظاهر عموم الحوالة لما يذكره في فصل في البيع بقوله ومن أمر رجلا ببيع عبده فباعه وقبض الثمن أولم يقبض فرده عليه المشتري بعيب الخ . أقول : الذى يتعلق بما نحن فيه من تعلق حقوق العقد بالوكيل دون الموكل من المسائل الآتية في الكتاب إنما هو الذى ذكره الشراح هاهنا ، فإن الوكيل إذا اشترى شيئا ثم اطلع على عيب فله أن يرده على بائعه بمقتضى تعلق حقوق عقد الشراء بالوكيل . ثم بعد هذا إن بقي المبيع في يده يبق حقه الرد له ، وإن لم يبق في يده بل كان سلمه إلى الموكل يسقط ذلك الحق عنه لانتهاء حكم الوكالة بالتسليم فيتوقف الرد على إذن الموكل . ولما لم يعلم هذا التفصيل هاهنا وكان مما يحتاج إلى بيانه أحاله المصنف رحمه الله على ماسئد كره في فصل الوكالة بالشراء من باب الوكالة بالبيع والشراء . وأما الذى يذكره في فصل الوكالة بالبيع بقوله ومن أمر رجلا ببيع عبده فباعه وقبض الثمن أو لم يقبض فرده عليه المشتري بعيب الخ فما لامساس له بما نحن فيه ، فإن حاصل ذلك أنه إذا ردّ العبد على الوكيل بالبيع ببغيب فإن ردّ عليه بحجة كاملة يرده على الموكل ، وإن ردّ عليه بحجة قاصرة لا يرده عليه ، وهذا أمر وراء تعلق حقوق العقد بالوكيل يجرى بين الموكل والوكيل ، ولا شك أن المقصود بالحوالة ما يتعلق بما نحن فيه لا ما يتعلق بمجرد العيب ، فلهذا لم يعممها الشراح كما توهمه ذلك القائل (قال) أى القدورى في مختصره (وكل عقد يضيفه) أى يضيفه الوكيل (إلى موكله) هذه ضابطة الضرب الثانى : أى كل عقد لا يستغنى الوكيل فيه عن الإضافة إلى الموكل (كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فإن حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل) ففرّع على ذلك بقوله (فلا يطالب) بصيغة المجهول (وكيل الزوج بالمهر ولا يلزم وكيل المرأة تسليمها) أى تسليم المرأة إلى زوجها (لأن الوكيل فيها) أى في هذه العقود (سفير محض) أى معبر محض محاك قول الموكل ، ومن حكى قول الغير لا يلزمه حكم قول ذلك الغير (ألا يرى أنه) أى الوكيل (لا يستغنى عن إضافة العقد إلى الموكل) كيف (ولو أضافه إلى نفسه كان النكاح) مثلا (له) أى للوكيل نفسه فيخرج عن حكم الوكالة والكلام فيه (فصار كالرسول) يعنى إذا كان الوكيل في هذا الضرب سفيرا محضا فقد صار كالرسول في باب البيع ونحوه ، ولا شك أن الحكم

فوافق أبا الحسن في حق الحقوق وأبا طاهر في حق الحكم . قال الصدر الشهيد : هذا حسن . قال المصنف (وفي مسألة العيب تفصيل نذكره) وأراد به ما ذكره في باب الوكالة بالبيع والشراء بقوله : وإذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب فله أن يرده بالعيب مادام المبيع في يده ، فإن سلمه إلى الموكل لم يرده إلا بإذنه . قال (وكل عقد يضيفه إلى موكله الخ) هذه ضابطة الضرب الثانى : كل عقد يضيفه الوكيل إلى موكله كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فإن حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فلا

(قال المصنف : وفي مسألة العيب ، إلى قوله : وإذا اشترى الوكيل الخ) أقول : القصر عليه قصور بل الظاهر عموم الحوالة لما يذكره في فصل البيع بقوله ومن أمر رجلا ببيع عبده فباعه وقبض الثمن أو لم يقبض فرده الخ .

وهذا لأن الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب لأنه إسقاط فيتلاشى فلا يتصور صدوره من شخص وثبت حكمه لغيره فكان سفيرا . والضرب الثاني من أخواته العتق على مال

في الرسالة يرجع إلى المرسل دون الرسول (وهذا) يعني كون الحقوق في هذه العقود متعلقة بالموكل دون الوكيل ، وهذا على ما هو دأب المصنف رحمه الله في كتابه هذا من أنه يقول بعد ذكر دليل على مدعى : وهذا لأن الخ ، ويريد به بذكر دليل آخر لم يبعد أن ذكر دليلا إننا فها هنا لما بين إنية كون الحقوق في هذه العقود متعلقة بالموكل دون الوكيل بكون الوكيل فيها سفيرا محضا غير مستغن عن إضافة العقد إلى الموكل أراد أن يبين لميته أيضا بقوله (لأن الحكم فيها) أى في هذه العقود (لا يقبل الفصل عن السبب) حتى لم يدخل فيها خيار الشرط ، إذ الخيار يدخل على الحكم فيوجب تراخيه عن السبب ، وهذه العقود لا تقبل ذلك (لأنه) أى لأن السبب في هذه العقود (إسقاط) أى من قبيل الإسقاطات ، أما في غير النكاح فظاهر ، وأما في النكاح فلأن محل النكاح الأنثى من بنات آدم ، وهن في الأصل خلقن حرائر والحرية تستدعي انتفاء ورود الملك على من انصف بها ، إلا أن الشارع أثبت نوع ملك على الحرية بالنكاح تحقيقا لمعنى النسل ، فكان ذلك إسقاطا لمعنى المالكية الذي كان ثابتا للحرية بطريق الأصالة ، كذا نقل عن العلامة شمس الدين الكردي ، ولأن الأصل في الأبضاع الحرمة فكان النكاح إسقاطا للحرمة نظرا إلى الأصل كذا ذكر في الكافي . وإذا كان السبب في هذه العقود إسقاطا (فيتلاشى) أى فيضمحل (فلا يتصور صدوره) أى صدوره السبب بطريق الأصالة (من شخص وثبت حكمه لغيره) كما في الضرب الأول (فكان سفيرا) أى فكان الوكيل فيها نحن فيه سفيرا محضا . فإن قلت : ليس الكلام في الحكم بل في الحقوق فما فائدة قوله لأن الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب ؟ قلت : إنهم قالوا في الضرب الأول إن الحكم يثبت للموكل خلافاً عن الوكيل اعتبارا للتوكيل السابق ، وتعلق الحقوق بالوكيل اعتبارا لعبارته ، وها هنا إذا لم يفصل الحكم عن العبارة لكونها للإسقاط ، فإذا ثبت الحكم للوكيل أو تنتقل العبارة إلى الموكل ، والأول باطل لأنه يبطل التوكيل وينافي الإضافة إلى الموكل فتعين الثاني ، وإليه أشار بقوله فكان سفيرا (والضرب الثاني) وهو كل عقد يضيفه الوكيل إلى موكله (من أخواته) أى من أفرادها التي بينها أخوة : أى مشاركة في الحكم (العتق على مال) .

يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا وكيل المرأة بتسليمها لأن الوكيل فيها سفير ومعبّر محض لعدم استغنائه عن إضافته إلى الموكل . فإنه إن أضافه إلى نفسه كان النكاح له فكان كالرسول وعبارته عبارة المرسل فكان العقد صدر منه ، ومن صدر منه العقد رجع إليه الحقوق كما في الضرب الأول . قال المصنف (وهذا لأن الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب ، لأنه) يعني أن السبب في هذه العقود إسقاط فيتلاشى ، ومعنى الإسقاط في غير النكاح ظاهر . وأما فيه فلأن الأصل في محل النكاح عدم ورود الملك عليهن لكونهن من بنات آدم كالذكر ، إلا أن الشرع أثبت نوع ملك على الحرية بالنكاح ضرورة النسل وفي ذلك إسقاط لما كتبها فيتلاشى فلا يتصور صدوره من شخص وثبت حكمه لغيره . ولقائل أن يقول : ليس الكلام في نقل الحكم بل هو في نقل الحقوق فما فائدة قوله لأن الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب ؟ والجواب أنا قد قلنا في الضرب الأول إن الحكم ينتقل إلى الموكل أو يثبت له خلافاً اعتبارا للتوكيل السابق وتبقى الحقوق متعلقة بالوكيل اعتبارا لعبارته ، وها هنا الحكم لا يفصل عن العبارة لابل التأخير بشرط الخيار ولا يغيره لكونها للإسقاط ، فإذا ثبت الحكم للوكيل أو تنتقل العبارة إلى الموكل ، والأول باطل لأنه يبطل التوكيل وينافي الإضافة إلى الموكل فتعين الثاني ، وإليه أشار بقوله فكان سفيرا والله درّه على فضله وتنبيه للطائف العبارات ، جزاه الله عن الطلبة خيرا . قال (والضرب الثاني من أخواته الخ) أى ومن أخوات الضرب الثاني

(قوله لكونهن من بنات آدم) أقول : منقوض بالتوكيل بشراء العبد وبهية فتأمل في الفرق (قوله أن الحكم ينتقل إلى الموكل) أقول : هذا على قول الكرخي (قوله أو يثبت له خلافاً) أقول : هذا على قول أبي طاهر الدباس (قال المصنف والضرب الثاني الخ) أقول : والضرب مبتدأ والجملة التي بعده . يعني قوله من أخواته الخ خبره (قوله والضرب الثاني) أى العقود التي ذكرت في الضرب الثاني من أخواته ، وإنما فسرنا به لأن العتق على مال وأخواته من مشمولات الضرب الثاني لامن أخواته كما لا يخفى . قال العلامة النسفي في الكافي : والحقوق في كل عقد يضيفه الوكيل إلى موكله كالنكاح والمخلع والصلح عن دم العمد والعتق على مال الكتابة والصلح عن إنكار يتعلق بالموكل دون الوكيل انتهى .

والكتابة والصلح على الإنكار. فأما الصلح الذى هو جار مجرى البيع فهو من الضرب الأول ، والوكيل بالهبة والتصدق والإعارة والإيداع والرهن والإقراض سفير أيضا لأن الحكم فيها يثبت بالقبض ،

قوله والضرب الثانى مبتدأ موصوف . وقوله من أخواته خبر مقدم لمبتدأ ثان وهو قوله العتق على مال . والجملة أعنى المبتدأ الثانى مع خبره خبر للمبتدأ الأول ، فحاصل المعنى ومن أخوات الضرب الثانى العتق على مال . قال بعض الفضلاء فى تفسير كلام المصنف هاهنا : أى العقود التى ذكرت فى الضرب الثانى من أخواتها العتق على مال ، وقال : إنما فسرنا به لأن العتق على مال وأخواته من مشمولات الضرب الثانى لامن أخواته . أقول : لا يذهب على ذى مسكة أن التفسير الذى ذكره ذلك القائل مما لايساعده التركيب من حيث العربية أصلا فكيف يحمل المعنى عليه . وأما كون العتق على مال وأخواته من مشمولات الضرب الثانى لامن أخواته فإنما ينأى اعتبار الأخوة بين الضرب الثانى ومشمولاته ، وليس ذلك من ضرورات كلام المصنف هاهنا لأنه يجوز أن يكون إضافة الأخوات إلى ضمير الضرب الثانى لكونها من أفرادها ، ويكون التعبير عنها بالأخوات للتنبيه على مشاركتها فى الحكم كما أشرنا إليه فى تفسير قوله من أخواته . نعم المتبادر من الإضافة اعتبار الأخوة بين المضاعف والمضاف إليه كما فى نظائره ، لكن قرينة المقام صارفة عنه إلى ما قلنا فتدبر (والكتابة) عطف على العتق على مال داخل فى حكم الكلام السابق ؛ وكذا قوله (والصلح على الإنكار) وإنما جعل هذه العقود من قبيل الضرب الثانى لأنها من الإسقاطات دون المعاوضات . أما العتق على مال والكتابة فلأن البدل فيها بمقابلة إزالة الرق وفك الحجر . وأما الصلح على الإنكار فلأن البدل فيه بمقابلة دفع الخصومة واقتداء اليين فى حق المذموم عليه (فأما الصلح الذى هو جار مجرى البيع فهو من الضرب الأول) أراد بالصلح الذى هو جار مجرى البيع الصلح عن إقرار فيما إذا كان عن مال بمال فإنه مبادلة مال بمال فكان بمنزلة البيع ، وأما إذا كان الصلح عن دم العمد أو كان على بعض ما يدعيه من الدين فهو من الضرب الثانى وإن كان عن إقرار لأنه إسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيرا محضا كما صرح به المصنف رحمه الله فى باب التبرع بالصلح والتوكيل من كتاب الصلح . أقول : فهذا ظهر أن ما وقع هاهنا فى الشروح من تفسير الصلح الذى هو جار مجرى البيع بالصلح عن إقرار من غير تقييد بما ذكرناه تقصير فى تعيين المرام وتحقيق المقام ، كيف ولو كان ذلك كافيا هاهنا لما بدل المصنف اللفظ اليسير باللفظ الكثير (والوكيل بالهبة والتصدق والإعارة والإيداع والرهن والإقراض سفير أيضا) وتفسير هذا ما ذكره فى الإيضاح حيث قال : ولو وكل وكيلاً بأن يهب عبده لفلان أو يتصدق به عليه أو يعيره إياه أو يودعه أو يرهنه فقبض الوكيل وفعل ما أمره فهو جائز على الموكل ، وليس للوكيل المطالبة برد شيء من ذلك إلى يده ، ولا أن يقبض الوديعة والعارية ولا الرهن ولا القرض ممن عليه ، لأن أحكام هذه العقود إنما تثبت بالقبض فلا يجوز أن يكون الوكيل فيه أصيلا لأنه أجنبي عن المحل الذى يلاقيه القبض فكان سفيرا ومعبرا عن المالك انتهى . وأشار المصنف رحمه الله إلى التعليل المذكور فيه أيضا بقوله (لأن الحكم فيها) أى فى العقود المذكورة (يثبت بالقبض) أى

العتق على مال والكتابة والصلح على الإنكار فيضيف إلى موكله والحقوق ترجع إليه لأنه من الإسقاطات (وأما الصلح الذى هو جار مجرى البيع) وهو الصلح عن إقرار (فهو من الضرب الأول) لأنه مبادلة مال بمال فكان كالبيع تتعلق حقوقه بالوكيل . وإذا وكل بأن يهب عبده لفلان أو يتصدق بماله أو يقرضه أو يعيره دابته أو يودع متاعه أو يرهنه فقبض الوكيل وفعل ما أمره به جاز على الموكل بإضافته إليه مثل أن يقول وهب لك موكلى أورهنه ، وليس للوكيل الرجوع فى الهبة ولا أن يقبض الوديعة والعارية والرهن والقرض ممن عليه . قال المصنف رحمه الله (لأن الحكم فيها) يعنى فى الصور المذكورة (يثبت بالقبض ،

(قوله هو جار مجرى البيع الخ) أقول : فيه بحث ، فإنه ليس كل صلح عن إقرار جار مجرى البيع لما سيحىء أن كل شيء وقع الصلح عليه وهو مستحق بمقتضى المداينة لم يحمل على المعاوضة فتفسيره به ليس بجيد (قوله أو يرهنه فقبض الوكيل) أقول : زيادة من عنده تحلة ، فإن الحكم كذلك وإن لم يقبض الوكيل (قال المصنف : لأن الحكم فيها يثبت بالقبض) أقول : أى قبض الوكيل ، وفيه بحث ، بل المراد قبض الموهوب له وأشباهه .

وأنه يلاق محلا مملوكا للغير فلا يجعل أصيلا ، وكذا إذا كان الوكيل من جانب الملتمس ، وكذا الشركة والمضاربة ، إلا أن التوكيل بالاستقراض باطل حتى لا يثبت الملك للموكل

بقبض الموهوب له والمتصدق عليه ونظائرهما (وأنه) أى القبض (يلاق محلا مملوكا للغير) أى لغير الوكيل ، فالحكم أيضا يلاق محلا مملوكا لغير الوكيل وهو الموكل (فلا يجعل) أى الوكيل (أصيلا) لكونه أجنبيا عن ذلك المحل ، بخلاف التصرفات التي تقوم بالقبول ولا تتوقف على القبض كالبيع وغيره ، فإن الوكيل يجب أن يكون أصيلا فيها لأنه أصل في التكلم وكلامه مملوك له . قال صاحب العناية : فقوله فلا يجعل أصيلا مقتضاه أصيلا في الحكم وليس الكلام فيه . ويدفع ذلك بأن الحكم إذا لاق محلا مملوكا لغير الوكيل كان ثابتا لمن له المحل والحقوق فيما يثبت الحكم بالعبارة وحدها فيما لا يقبل الحكم الانفصال عنها انتقلت إلى الموكل يجعل العبارة سفارة فيها احتاج إلى القبض أولى لضعفها في العلية انتهى . أقول : ما استشكله بشيء ولا دفعه . أما الأول فلأنه إذا ثبت أن الوكيل في هذه العقود لم يجعل أصيلا في الحكم ثبت أيضا ما فيه الكلام وهو عدم تعلق الحقوق بالوكيل في هذه العقود ، إذ قد كان مبنى تعلق الحقوق بالوكيل في الضرب الأول ثبوت الحكم الذي هو الملك للموكل خلافا عن الوكيل ، وهذا إنما يكون بأن يجعل الوكيل أصيلا في الحكم ، فإذا لم يجعل في العقود المذكورة أصيلا فيه تعين عدم تعلق الحقوق به فيها . وأما الثاني فلأن الباعث على انتقال الحقوق إلى الموكل فيما لا يقبل الحكم الانفصال عن العبارة ليس إلا كون السبب إسقاطا متلاشيا ، والسبب فيما نحن فيه ليس من قبيل الإسقاطات كما لا يخفى فلا مساواة فضلا عن الأولوية . وأما الضعف في العلية فإن كان له مدخل فإتاما هو في حق نفس ثبوت الحكم لاقى حق الانتقال فتأمل (وكذا إذا كان الوكيل من جانب الملتمس) يعني إذا كان الوكيل من جانب الملتمس للتصرفات المذكورة بأن وكله بالاستيهاج أو الاستعارة أو الارتهاج أو غير ذلك يكون الوكيل سفيرا أيضا فيتعلق الحكم والحقوق كلها بالموكل دون الوكيل لأنه يضيف العقد إلى موكله . وفي العناية : أما إذا قبض الموكل فلا إشكال ، وأما إذا قبض الوكيل فالواجب أن يثبت الحكم للموكل ، وتعلق الحقوق بالوكيل لاجتماع القول والقبض . ويدفع بأنه لا بد له من إضافة العقد إلى موكله وهي تجعل القبض له فصار كما إذا قبضه بنفسه انتهى (وكذا الشركة والمضاربة) يعني إذا وكل بعقد الشركة أو المضاربة يكون الوكيل سفيرا أيضا وتعلق حقوق العقد بالموكل دون الوكيل ، إذ لا بد له من إضافة العقد إلى موكله ، حتى لو أضافه إلى نفسه يقع عنه لاعن موكله (إلا أن التوكيل بالاستقراض باطل) استثناء من قوله وكذا إذا كان الوكيل من جانب الملتمس (حتى لا يثبت الملك للموكل) فلو قيل أن يمنع الذي استقرضه من الأمر ، ولو هلك هلك من

والقبض يلاق محلا مملوكا للغير) فالحكم يلاق محلا مملوكا للغير ، فقوله (فلا يجعل أصيلا) مقتضاه أصيلا في الحكم وليس الكلام فيه . ويدفع ذلك بأن الحكم إذا لاق محلا مملوكا لغير الوكيل كان ثابتا لمن له المحل والحقوق فيما يثبت الحكم بالعبارة وحدها فيما لا يقبل الحكم الانفصال عنها انتقلت إلى الموكل يجعل العبارة سفارة ، فيها احتاج إلى القبض أولى لضعفها في العلية ، وكذا إذا كان الوكيل من جانب الملتمس نحو التوكيل بالاستعارة أو الارتهاج أو الاستيهاج فإن الحكم والحقوق ترجع إلى الموكل دون الوكيل . أما إذا قبض الموكل فلا إشكال ، وأما إذا قبض الوكيل فالواجب أن يثبت الحكم للموكل وتعلق الحقوق بالوكيل لاجتماع القول والقبض . ويدفع بأنه لا بد له من إضافة العقد إلى موكله وهي تجعل القبض له فصار كما إذا قبضه بنفسه (وكذا) إذا وكل بعقد (الشركة أو المضاربة) كانت الحقوق راجعة إلى الموكل للإضافة (قوله إلا أن التوكيل بالاستقراض باطل) استثناء من قوله ، وكذا إذا كان الوكيل من جانب الملتمس . وأعلم أني أعيد لك هاهنا ما ذكرت في أول كتاب الوكالة ، وأزيدك ما يسر الله ذكره لكون

(قوله فقواه فلا يجعل إلى قوله ويصنع ذلك بأن الحكم) أقول : إذا لم يكن أصيلا في حق الحكم لا يكون أصيلا في حق الحقوق ، والوكيل في الضرب الأول أصيل في حق الحكم ويثبت للموكل خلافة عنه فكان أصيلا في حق الحقوق فلا حاجة إلى ما ذكره مع توجه المنع إلى ما أشار إليه من حديث الأولوية ، بل لك أن تمنع صحة القياس فضلا عن الأولوية ، إذ ليس العلة فيما لا يقبل الحكم الانفصال عنها إلا التلاشي ولزم كونه إسقاطا لضعف العلية ، والتلاشي هنا مفقود فأين إجماع ؟ (قوله لضعفها في العلية) أقول : الضمير في قوله لضعفها راجع إلى العبارة .

ماله . قال صاحب العناية : واعلم أني أعيد لك هاهنا ما ذكرته في أول كتاب الوكالة وأزيدك ما يسر الله تعالى ذكره لكون المقام من معارك الآراء ، فإن ظهر لك فاحد الله تعالى ، وإن سمح ذهنك بخلافه فلا ملومة فإن جهد المقلّ دموعه : التوكيل بالاستقراض لا يصح لأنه أمر بالتصرف في مال الغير وأنه لا يجوز . وردّ بالتوكيل بالشراء فإنه أمر بقبض المبيع وهو ملك الغير . وأجيب بأن محله هو الثمن في ذمة الموكل وهو ملكه . وأورد بأنه هلا جعل محله في الاستقراض البذل في ذمة الموكل . وأجيب بأن ذلك محل إيفاء القرض لا الاستقراض . وأورد التوكيل بالاتّهاب والاستعارة فإنه صحيح ولا محل له سوى المستعار والموهوب إذ ليس ثمة بدل على المستعير والموهوب له فيجعل محلا للتوكيل . والجواب أن المستعار والموهوب محل التوكيل بالإعارة والهبة لا الاستعارة والاتّهاب ، وإنما محله فيهما عبارة الموكل فإنه يتصرف فيها يجعلها موجبة للملك عند القبض بإقامة الموكل مقام نفسه . فإن قيل : فليكن في الاستقراض كذلك . فالجواب أننا اعتبرنا العبارة محلا للتوكيل في الاستعارة ونحوها ضرورة صحة العقد خلفا عن بدل يلزم في الذمة إذ لم يكن فيها بدل في الذمة ، فلو اعتبرناها محلا له في الاستقراض وفيه بدل معتبر للإيفاء في الذمة لزم اجتماع الأصل والخلف في شخص واحد من جهة عقد واحد ، والله تعالى أعلم بالصواب ، إلى هنا كلامه . أقول : فيه بحث أما أولا فلأن الدليل الذي ذكره لبطلان التوكيل بالاستقراض وهو الدليل المأخوذ من الذخيرة ومختار جمهور الشراح على ما ذكرنا في صدر كتاب الوكالة ليس بتمام عندي ، لأن التصرف في ملك الغير والأمر به إنما لا يجوز لو كان بغير إذن المالك ورضاه ، كما لو غصب ملك الغير أو أمر بغصبه . وأما إذا كان بإذنه ورضاه فيجوز قطعا ؛ ألا يرى أن المستقرض لنفسه يقبض المال المستقرض الذي هو ملك المقرض ويتصرف فيه ، وكذا المستعير يقبض المستعار الذي هو ملك المعير ويستعمله ، ولا خلاف لأحد في جواز ذلك ، والظاهر أن التوكيل بالاستقراض إنما هو الأمر بالتصرف في ملك المقرض بإذنه ورضاه لا بالجبر والغصب فينبغي أن يجوز أيضا . وأما ثانيا فلأن ما ذكره في الردّ له بالتوكيل في الشراء من أنه أمر بقبض المبيع وهو ملك الغير ليس بصحيح ، إذ لا نسلم أن التوكيل بالشراء أمر بقبض المبيع بل هو أمر بإيجاد العقد ، وقبض المبيع من مفرعات العقد غير داخل فيه فلا يكون الأمر بالشراء أمرا بقبض المبيع . سلمنا أن التوكيل بالشراء أمر بقبض المبيع أيضا لكنه أمر به بعد إيجاد

المقام من معارك الآراء ، فإن ظهر لك فاحد الله ، وإن سمح ذهنك بخلافه فلا ملومة فإن جهد المقلّ دموعه : التوكيل بالاستقراض لا يصح لأنه أمر بالتصرف في مال الغير وإنه لا يجوز . وردّ بالتوكيل بالشراء فإنه أمر بقبض المبيع وهو ملك الغير . وأجيب بأن محله هو الثمن في ذمة الموكل وهو ملكه . وأورد بأنه هلا جعل محله في الاستقراض البذل في ذمة الموكل . وأجيب بأن ذلك محل إيفاء القرض لا الاستقراض . وأورد التوكيل بالاتّهاب والاستعارة فإنه صحيح ، ولا محل له سوى المستعار والموهوب ، إذ ليس ثمة بدل على المستعير أو الموهوب له فيجعل محلا للتوكيل . والجواب أن المستعار والموهوب محل التوكيل بالإعارة والهبة لا الاستعارة والاتّهاب ، وإنما محله فيهما عبارة الموكل فإنه يتصرف فيها يجعلها موجبة للملك عند القبض بإقامة الموكل مقام نفسه في ذلك . فإن قيل : فليكن في الاستقراض كذلك . فالجواب أننا اعتبرنا العبارة محلا للتوكيل في الاستعارة ونحوها ضرورة صحة العقد خلفا عن بدل يلزم في الذمة إذ لم يكن فيها بدل في الذمة ، فلو اعتبرناها محلا له في الاستقراض وفيه بدل معتبر للإيفاء

(قوله ورد بالتوكيل بالشراء الخ) أقول : هذا نقض إجمالي . ويمكن أن يجاب عنه بأن يقال : إن أراد أنه أمر بقبضه قبل العقد فليس كذلك وإن أراد أنه أمر بقبضه بعد العقد فسلم ولكن ليس حينئذ ملك الغير ولا كذلك في الاستقراض ، فإن المستقرض لا يكون ملك المستقرض بمجرد العقد فليتأمل . (قوله وأجيب بأن محله الخ) أقول : منع لحرمان الدليل مستندا بأن محله الخ (قوله وأورد بأنه هلا جعل الخ) أقول : فتكون الصغرى منوعة مع السند (قوله وأجيب بأن ذلك الخ) أقول : يثول إلى إبطال السند . ثم أقول : سيجيء التفصيل المتعلق بالوكالة بالشراء وأن الأمر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح ، وكيفية تصحيحه من الشارح في الدرس الثاني من فصل البيع فراجعه (قوله بإقامة الموكل) أقول : مضاف إلى الفاعل (قوله فالجواب ، إلى قوله : خلفا عن البذل الخ) أقول : وفيه نظر ، فإنه لو سلم ما ذكره من قصة الخلفية فإنما هي خلف عن بدل يصلح أن يكون محل التوكيل لامطلقا والبذل في الاستقراض لا يصلح لذلك فلا يلزم الاجتماع المحذور فليتأمل .

العقد لاقبله كما لا يخفى ، والمبيع بعد إيجاد العقد ملك المشتري لملك الغير ، بخلاف الاستقراض فإن المستقرض لا يكون ملك المستقرض بمجرد العقد بل بالقبض على ماصرحوا به . فالصواب في تمثية النقض بالتوكيل بالشراء أن يقال : إنه أمر بتملك المبيع الذي هو ملك الغير كما ذكر في الذخيرة وغيرها . وأما ثالثاً فلأنه إن أراد بقوله في الجواب عن النقض المذكور أن محله هو الثمن في ذمة الموكل أن محل التوكيل بالشراء هو نفس الثمن فلا نسلم ذلك لأن نفس الثمن إنما هو محل التوكيل بإيفاء الثمن بعد تمام عقد الشراء لا محل التوكيل بالشراء نفسه ، وإن أراد بذلك أن محله هو إيجاب الثمن في ذمة الموكل كما هو الظاهر من قوله في ذمة الموكل والمصرح به في الذخيرة وغيرها فهو مسلم ، لكن لا يتم حينئذ جوابه عن الإيراد الآتي فإن معناه حينئذ هو أنه هلا جعل محله في الاستقراض أيضاً لإيجاب البدل في ذمة الموكل ، ولا يتيسر الجواب عنه بأن ذلك محل إيفاء القرض لأن محل إيفائه هو نفس البدل لا إيجابه في ذمة الموكل . بل الجواب الصحيح عنه ما ذكر في الذخيرة وغيرها من أن البدل في باب القرض إنما يجب في ذمة المستقرض بالقبض لا بعقد القرض ، فلا بد من تصحيح الأمر بالقبض أولاً حتى يستقيم الأمر بإيجاب المثل في ذمته ، والأمر بالقبض لم يصبح بعد لكون المقبوض ملك الغير . وأما رابعاً فلأن قوله في الجواب عن النقض بالاتهاب والاستعارة إن المستعار والموهوب محل التوكيل بالإعارة والهبة لا الاستعارة والاتهاب ، وإنما محله فيهما عبارة الموكل غير تام ، فإنه إن قال للوكيل بالاستعارة إن فلانا أرسلني إليك يستعير منك كذا ، وقال الوكيل بالاتهاب إن فلانا أرسلني إليك يتب منك كذا ، فإنهما في هذه الصورة كانا متصرفين في عبارة الموكل ولكنهما لم يخرجوا الكلام حينئذ مخرج الوكالة بل أخرجاه مخرج الرسالة ، والكلام هنا في حكم الوكالة دون الرسالة ، فإن الرسالة صحيحة في الاستقراض أيضاً حتى أن الوكيل بالاستقراض لو أخرج كلامه مخرج الرسالة فقال إن فلانا أرسلني إليك يستقرض منك كذا كان ما استقرضه للموكل ، ولا يكون للوكيل أن يمنع ذلك منه كما صرح به في الذخيرة وغيرها . وإن قال الوكيل بالاستعارة أستعير منك كذا لفلان الموكل وقال الوكيل بالاتهاب أتهب منك كذا لفلان الموكل ، فإنهما في هاتيك الصورة جريا على حكم وكالتهما ولكنهما لم يكونا متصرفين في عبارة الموكل أصلاً حيث لم يحكما عنه كلاماً ، بل إنما تكلمتا بكلام أنفسهما إلا أنهما أضافا العقد إلى موكلهما كما في سائر صور الضرب الثاني ، فأين يتمشى القول بأن محل التوكيل فيهما عبارة الموكل ، على أن ذلك القول منه يخالف صريح ما ذكر في الذخيرة وارتضاه كبار الشراح في صدر كتاب الوكالة من أن الموضوع لنقل العبارة إنما هو الرسالة ، فإن الرسول معبر والعبارة ملك المرسل فقد أمره بالتصرف في ملكه باعتبار العبارة . وأما الوكالة فغير موضوعة لنقل عبارة الموكل فإن العبارة فيها للوكيل . وأما خامساً فلأن قوله فالجواب إنما اعتبرنا العبارة محلاً للتوكيل في الاستعارة ونحوها ضرورة صحة العقد خلفاً عن بدل يلزم في الذمة الخ ليس بشيء ، لأن اعتبار الخلف عن البدل على تقدير لزومه إنما يتصور في التصرفات التي هي من قبيل المعاوضات ، وأما في التصرفات التي هي من قبيل التبرعات فلا ، وما نحن فيه من الاستعارة ونحوها من قبيل الثانية فلا معنى لحديث الخلفية هاهنا . وأيضاً استحالة اجتماع الأصل والخلف إنما تقتضي عدم جواز اعتبار العبارة في الاستقراض خلفاً عن بدل لا عدم جواز اعتبارها مطلقاً ، فلم لا يجوز أن تعتبر محلاً للتوكيل في الاستقراض أيضاً لضرورة صحة العقد وإن لم يجعل خلفاً عن بدل ؟ ألا يرى أنها اعتبرت محلاً للرسالة في الاستقراض ولهذا صحت الرسالة فيه تأمل . وقال صاحب غاية البيان : قال بعضهم في بيان بطلان استقراض الوكيل : إن العبارة للوكيل والمحل الذي أمره بالتصرف ملك الغير ، فإن الدراهم التي يستقرضها الوكيل ملك المقرض ، والأمر بالتصرف في ملك الغير باطل . قلت : هذا الذي قال يبطل بالتوكيل بالاستعارة ، فإنه صحيح مع أن الموكل أمره بالتصرف في ملك الغير ، وليس معنى كلام المصنف ما فهمه هذا القائل ، بل معناه أن الوكيل بالاستقراض إذا أضاف العقد إلى نفسه وقال أقرضني كان للتوكيل باطلاً حتى لا يكون القرض للموكل بل يكون للوكيل ، إلا إذا أضاف العقد إلى الموكل وبلغ

في الذمة لزم اجتماع الأصل والخلف في شخص واحد من جهة عقد واحد وهو لا يجوز هذا ، والله أعلم بالصواب .

بمخلاف الرسالة فيه . قال (وإذا طالب الموكل المشتري بالثمن فله أن يمنعه إياه) لأنه أجنبي عن العقد وحقوقه لما أن الحقوق إلى العاقد (فإن دفعه إليه جاز ولم يكن للوكيل أن يطالبه به ثانيا) لأن نفس الثمن المقبوض حقه وقد وصل إليه ،

على وجه الرسالة فقال أرسلني فلان إليك يستقرض كذا فحينئذ يصح الاستقراض ويقع القرض للموكل ، وليس للوكيل أن يمنع الموكل عنه فافهمه ففيه غنى عن تطويل لطائل تحت ، انتهى كلامه . أقول : وفيه بحث . إذ لا شك أن معنى قول المصنف وكذا إذا كان الوكيل من جانب الملتبس أن الوكيل هاهنا سفير أيضا لا تتعلق حقوق العقد به بل بموكله لإضافته العقد إلى موكله دون نفسه ، وإن قوله إلا أن التوكيل بالاستقراض باطل استثناء من قوله وكذا إذا كان التوكيل من جانب الملتبس كما صرح به الشراح قاطبة ومنهم هذا الشراح ، ولو كان معنى كلام المصنف هاهنا مافهمه هذا الشراح لما كان لتخصيص الاستثناء ببطلان صورة التوكيل بالاستقراض معنى ، إذ على ذلك التقدير يصير الحكم كذلك في جميع صور ما إذا كان الوكيل من جانب الملتبس ، فإن كل واحد من المستعير والمستوهب والمرتهن ونحو ذلك إذا أضاف العقد إلى نفسه لا إلى الموكل تبطل الوكالة ويكون ما أخذته لنفسه لا لموكله ، لأن هذه العقود كلها من الضرب الثاني ، ومن شرط هذا الضرب أن يضيف الوكيل العقد إلى موكله ، فإذا اتنى بطلت الوكالة قطعا ، ولعمري إن هذا الشراح قد هرب هاهنا عن ورطة ووقع في ورطة أخرى أشد من الأولى حتى أقصد معنى كلام المصنف بالكلية . قال المصنف (بخلاف الرسالة فيه) أى في الاستقراض فإنها تصح . قال في الإيضاح : التوكيل بالاستقراض لا يصح ، ولا يثبت الملك فيما إذا استقرض للأمر إلا إذا بلغ على سبيل الرسالة فيقول أرسلني إليك فلان يستقرض منك فحينئذ يثبت الملك للمستقرض : أى المرسل . وقال الإمام الزيلعي في التبیین : وعن أبي يوسف أن التوكيل بالاستقراض جائز (قال) أى القدورى في مختصره (وإذا طالب الموكل المشتري بالثمن فله أن يمنعه إياه) أى فللمشتري أن يمنع الثمن من الموكل (لأنه) أى الموكل (أجنبي عن العقد وحقوقه ، لما) تقدم (أن الحقوق تعود إلى العاقد) في البيع وأمثاله ، ولهذا إذا نهى الوكيل عن قبض الثمن ونحوه صح ، وإن نهى الموكل عن ذلك لا يصح ، وإذا كان كذلك لم يجز مطالبة الموكل إلا بإذن الوكيل (فإن دفعه إليه) أى إن دفع المشتري الثمن إلى الموكل (جاز) يعنى ومع ذلك لو دفع المشتري الثمن إلى الموكل جاز دفعه إليه استحسانا . فالفاء في قوله فإن دفعه للعطف لا للسببية ، ولكن لو بدلت بالواو لكان أحسن كما لا يخفى (ولم يكن للوكيل أن يطالبه به) أى بالثمن (ثانيا لأن نفس الثمن المقبوض حقه) أى حق الموكل وإن كانت مطالبة حق الوكيل (وقد وصل إليه)

(بخلاف الرسالة) فإنها تصح في الاستقراض . قال في الإيضاح : التوكيل بالاستقراض لا يصح ولا يثبت الملك فيما استقرض للأمر إلا إذا بلغ على سبيل الرسالة فيقول أرسلني إليك فلان ويستقرض منك ، فحينئذ يثبت الملك للمستقرض : يعنى المرسل . قال (وإذا طالب الموكل المشتري بالثمن الخ) إذا طالب الموكل المشتري بالثمن فله أن يمنعه إياه لأنه أجنبي عن العقد وحقوقه لما تقدم أن الحقوق ترجع إلى العاقد ولهذا إذا نهى الوكيل عن ذلك صح ، وإن نهى الموكل لا يصح ، فإذا كان كذلك لم يجز مطالبة الموكل إلا بإذنه ، ومع ذلك لو دفع المشتري الثمن إلى الموكل صح ، ولم يكن للوكيل أن يطالب به ثانيا لأن نفس الثمن حقه وقد وصل إليه فلا فائدة في الاسترداد منه ثم في الدفع إليه ، وهذا في غير الصرف . وأما في الصرف فقبض الموكل لا يصح لأن جوازه بالقبض فكان القبض فيه بمنزلة الإيجاب والقبول ، ولو ثبت للوكيل حق القبول وقبل الموكل لم يجز ، فكذا إذا ثبت له حق القبض

(قوله قال في الإيضاح : التوكيل بالاستقراض لا يصح الخ) أقول : بخلاف التوكيل بالاستمارة والاتهاب حيث لا يلزم فيما التبليغ على وجه الرسالة . وفيه بحث ، فإنه قال في الحانية : إن وكل بالاستقراض ، إن أضاف الوكيل الاستقراض إلى الموكل فقال إن فلانا استقرض منك كذا أو قال أقرض فلانا كذا كان القرض للموكل ، وإن لم يصف الاستقراض إلى الموكل يكون القرض للوكيل انتهى (قوله إلا إذا بلغ على سبيل الرسالة) أقول : تصحيحا لكلام الماقل بقدر الإمكان يحمل توكيله على الرسالة مجازا فليتأمل .

ولا فائدة في الأخذ منه ثم الدفع إليه ، ولهذا لو كان للمشتري على الموكل دين يقع المقاصة ، ولو كان له عليهما دين يقع المقاصة بدين الموكل أيضا دون دين الوكيل وبدين الوكيل إذا كان وحده إن كان يقع المقاصة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لما أنه يملك الإبراء عنه عندهما ولكنه يضمه للموكل في الفصلين .

وقد وصل حق الموكل إلى نفسه (فلا فائدة في الأخذ منه) أى من الموكل (ثم في الدفع إليه) أى إلى الوكيل . واعلم أن هذا في غير الصرف ، وأما في الصرف فقبض الموكل لا يصح لأن جواز البيع في الصرف بالقبض فكان القبض فيه بمنزلة الإيجاب والقبول ؛ ولو ثبت للوكيل حق القبول وقبل الموكل لم يجز . فكذا إذا ثبت له حق القبض وقبض الموكل ، أشير إلى هذا في الذخيرة وذكر في الشروح (ولهذا) أى ولكون نفس الثمن المقبوض حق الموكل (لو كان للمشتري على الموكل دين تقع المقاصة ، ولو كان له عليهما دين تقع المقاصة بدين الموكل أيضا دون دين الوكيل) حتى لا يرجع الموكل على الوكيل بشيء من الثمن ، وهذا لأن المقاصة إبراء بعوض فتعتبر بالإبراء بغير عوض ، ولو أبرأه جميعا بغير عوض وخرج الكلامان معا برئ المشتري بإبراء الموكل دون الوكيل حتى لا يرجع الموكل على الوكيل بشيء فكذا هاهنا ، ولأننا لو جعلناه قصاصا بدين الوكيل احتجنا إلى قضاء آخر فإن الوكيل يقضى للموكل ، ولو جعلناه قصاصا بدين الموكل لم نحتاج إلى قضاء آخر فجعلناه قصاصا بدين الموكل قصرا للمسافة فقد أثبتنا حكما مجمعا عليه ، فإن الموكل يملك إسقاط الثمن عن المشتري بالإجماع ، ولو جعلناه قصاصا بدين الوكيل لأثبتنا حكما مختلفا فيه فكان ماقلناه أولى ، كذا ذكره شيخ الإسلام المعروف بنحو اهرازه . ولما استشعر أن يقال المقاصة لاتدل على كون نفس الثمن حقا للموكل دون الوكيل فإنها تقع بدين الوكيل إذا كان للمشتري دين على الوكيل وحده . أجاب بقوله (وبدين الوكيل إذا كان وحده) إن كان (تقع المقاصة عند أبي حنيفة ومحمد لما أنه) أى الوكيل (يملك الإبراء عنه) أى عن المشتري (عندهما) أى عند أبي حنيفة ومحمد : يعنى أنه إن كان تقع المقاصة عندهما بدين الوكيل وحده لعله أن الوكيل يملك الإبراء بغير عوض عن المشتري عندهما فيملك المقاصة أيضا لأنها إبراء بعوض فتعتبر بالإبراء بغير عوض (ولكنه يضمه) أى ولكن الوكيل يضم الثمن (للموكل في الفصلين) أى في فصل الإبراء والمقاصة ، بخلاف الموكل فإنه لا يضم لأحد في شيء

(قوله ولهذا) توضيح لقوله إن نفس الثمن المقبوض حقه ؛ فإنه لو كان للمشتري على الموكل دين وقعت المقاصة ، ولو كان له عليهما دين وقعت بدين الموكل دون الوكيل لكون الثمن حقه ، ولأن المقاصة إبراء بعوض فيعتبر بالإبراء بغير عوض ؛ ولو أبرأه جميعا بغير عوض وخرج الكلامان معا برئ المشتري بإبراء الموكل دون الوكيل حتى لا يرجع الموكل على الوكيل بشيء فكذلك هاهنا ، فإن قيل : المقاصة لاتدل على كون الثمن حقا للموكل فإنها تقع بدين الوكيل إذا كان له عليه دين وحده . أجاب بما ذكرنا أن المقاصة إبراء بعوض وهو معتبر بالإبراء بغيره . وللوكيل عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله أى يرئ المشتري بغير عوض فكذا بعوض لكنه يضمه للموكل في الإبراء والمقاصة ، وإنما كان له ذلك عندهما لأن الإبراء إسقاط لحق القبض وهو حق الوكيل ، فكان بالإبراء مسقطا حق نفسه ، وفيه نظر ، فإنه لو كان كذلك لما جاز الإبراء من الموكل ولا تضمين الوكيل . والجواب أن الثمن حقه فجاء إبراءه فإن الإبراء من الوكيل هو ذلك ، فإذا أبرأه أسقط حق القبض ، وليس للموكل حق القبض فيلزم من ذلك سقوط الثمن ضرورة ، وانسد على الموكل باب الاستيفاء فلزم الوكيل الضمان ، كالراهن يعتق الرهن فإنه يضم

(قال المصنف : إن كان يقع المقاصة الخ) أقول : قوله إن الوصل في قوله إن كان قال في النهاية : قوله إن كان يقع المقاصة الخ : يعنى « أكرجه دين مشتري بدين وكيل مقاصة ميشود وقتي كه تنهدين وكيل إبود سبب إن كه وكيل إبراء مشتري ، وأما لكسب تردايشان ولكن وقتي كه مشتري رابر موكل وبروكيل دين بود دين مشتري بل بادين موكل مقاصة شود وبدين وكيل » انتهى . وأنت خير بأن الحق أن يقول موضع قوله « ولكن وقتي كه الخ » ولكن وكيل ضامن ميشود هروكل را » بخلاف موكل فافتراقا لطابق الشرح المشروح (قوله لكنه يضم للموكل في الإبراء والمقاصة) أقول : فافتراقا .

(باب الوكالة في البيع والشراء)

(فصل في الشراء)

من الفصلين فافترقا . وقال أبو يوسف : لا يجوز إبراء الوكيل استحسانا لأن الثمن في ذمة المشتري ملك الموكل ، فإبراء الوكيل تصرف في ملك الغير على خلاف ما أمر به فلا ينفذ ، كما لو قبض الثمن ثم وهبه للمشتري . وحجة أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله أن الإبراء إسقاط لحق القبض ، والقبض خالص حق الوكيل ، ألا ترى أن الموكل لا يمنع عن ذلك ، ولو أراد أن يقبض بنفسه لم يكن له ذلك فكان هو في الإبراء عن القبض مسقطا حق نفسه فيصبح منه . ثم إنه لما أسقط حق القبض انسدت على الموكل باب الاستيفاء إذ ليس له حق القبض فصار ضامنا له بمنزلة الراهن يعتق المرهون ينفذ إعتاقه لمصادفته ملكه ولكن يضمن للمرتن لانسداد باب الاستيفاء من مالية العبد عليه ، كذا في المبسوط . فان قيل : ينبغي أن لا يجوز من الوكيل بالبيع مثل هذا البيع الذي يوجب مقاصة ثمن المبيع بدين الموكل لأنه خالف الموكل ، لأنه إنما وكله ببيع يصل إليه ثمنه وها هنا لا يصل . قلت : إن لم يصل إليه الثمن بعد البيع فقد وصل إليه قبل البيع فيصير الثمن قصاصا بدين الأمر عندهم جميعا ، لأن الأمر يملك إبراء المشتري عن الثمن بغير عوض عندهم فيملك الإبراء بعوض بطريق الأولى . كذا في الذخيرة .

(باب الوكالة بالبيع والشراء)

(فصل في الشراء)

قدّم من أبواب الوكالة ما هو أكثر وقوعا وأمس حاجة وهو الوكالة بالبيع والشراء ، وقدّم فصل الشراء لأنه ينبغي من إثبات الملك والبيع ينبغي عن إزالته ، والإزالة بعد الإثبات كذا في الشروح . أقول : هذا الذي ذكره لتقديم فصل الشراء

للمرتن الدين لسدّه باب الاستيفاء من مالية العبد عليه ، واستحسن أبو يوسف رحمه الله فقال : الثمن ملك الموكل لا محالة فليس لغيره أن يتصرف فيه إلا بإذنه . والجواب القول بالموجب . سلمنا أن الثمن ملك الموكل لكن القبض حق الوكيل لا محالة فإذا أسقطه وليس للموكل قبضه سقط الثمن ضرورة كما ذكرنا آنفا . قيل : كان الواجب أن لا يجوز من الوكيل بالبيع بيع يوجب مقاصة لأن غرض الموكل وصول الثمن إليه . وأجيب بأن في المقاصة وصولا متقدما إن كانت بدين الموكل ، ومتأخرا بالضمان إن كانت بدين الوكيل فلا مانع من الجواز .

(باب الوكالة بالبيع والشراء)

(فصل في الشراء)

قدّم من أبواب الوكالة ما هو أكثر وقوعا وأمس حاجة وهو الوكالة بالبيع والشراء ، وقدّم فصل الشراء لأنه ينبغي من

(قوله والجواب القول بالموجب الخ) أقول : لعل هنا مسامحة .

(باب الوكالة في البيع والشراء)

(فصل في الشراء)

(قوله وقد فصل الشراء لأنه ينبغي الخ) أقول : ولأن الوكالة بالشراء أكثر وقوعا وأمس حاجة من التوكيل بالبيع ؛ ألا يرى أن أكثر

(قال : ومن وكل رجلا بشراء شيء فلا بد من تسمية جنسه وصفته .

ضعيف جدا ، بل هو أمر وهمي لا تحققي ، لأن الشراء كما ينبيء عن إثبات الملك في المبيع ينبيء أيضا عن إزالة الملك عن الثمن وإن البيع كما ينبيء عن إزالة الملك عن المبيع ينبيء أيضا عن إثبات الملك في الثمن ، وعن هذا قالوا إن الشراء جالب للمبيع سالب للثمن والبيع على عكسه ، فهما بيان في الإنشاء عن الإثبات والإزالة . وإن وجهه بأن الأصل والعمدة في عقد المبيعة هو المبيع فيكون إنشاء الشراء عن الإثبات والبيع عن الإزالة بالنظر إليه . قلنا : لاشك أن ثبوت ملك المشتري في المبيع ليس بمقدم على زوال ملك البائع عنه ، وإلا يلزم أن يجتمع في كل مبيع في آن واحد هو قبل زوال ملك البائع عنه ملكان مستقلان للبائع والمشتري ولا يفتي بطلانه ، فتعين أن ثبوت الملك وزواله في البيع والشراء إنما يتحققان معا بالنسبة إلى الشخصين . وأما قضية كون الإزالة بعد الإثبات فلما تجرى في محل واحد بالنسبة إلى شخص واحد فهي بمعزل عما نحن فيه . فالأظهر أن الوجه في تقديم فصل الشراء على فصل البيع ما هو الوجه في تقديم باب الوكالة بالبيع والشراء على سائر أبواب الوكالة من كونه أكثر وقوعا وأمس حاجة ، فإن أكثر الناس يوكل الآخر بالشراء في ما كله ومشاركه وملابسه وغير ذلك من الأمور المهمة التي قلما يخلو الإنسان في أوقاته من الاحتياج إليها ، وقلما يقدر على أن يتولى شراءها بنفسه ، بخلاف التوكيل في باب البيع كما لا يخفى (قال) أي القدوري في مختصره (ومن وكل رجلا بشراء شيء أي شيء غير معين لأن في المعين لا يحتاج إلى تسمية الجنس والصفة كذا في الشروح) فلا بد من تسمية جنسه (كالعبد والحرية ، فإن العبد جنس عند أهل الشرع ، وكذا الحرية باعتبار اختلاف الأحكام) وصفته (أي نوعه على ما سيأتي في كلام المصنف كالتركي والهندي . قال صاحب العناية : فيحتاج إلى تعريف الجنس والنوع ، فقيل الجنس هو ما يدخل تحته أنواع متغايرة ، والنوع اسم لأحد ما يدخل تحت اسم فوقه . وذكر في الفوائد الظهيرية محالا إلى أهل المنطق : الجنس اسم دال على كثيرين مختلفين بالنوع ، والنوع اسم دال على كثيرين مختلفين بالشخص انتهى . أقول : لا يذهب على ذي فطرة سليمة أنه لم يأت بشيء يعرف به ما هو المراد بالجنس والنوع هاهنا لأن الذي ذكره أولا لا حاصل له بل هو أمر مبهم متناول لأمر كثيرة غير مرادة بالجنس والنوع هاهنا قطعاً . والذي ذكره ثانيا لا يطابق مراد الفقهاء ويشهد بذلك قطعاً ما ذكرناه من أمثلة الجنس والنوع . وقال صاحب الغاية : وأراد بالجنس النوع لامصطلح أهل المنطق وهو الكلي المقول على كثيرين مختلفين بالنوع في جواب ما هو ، والنوع هو المقول على كثيرين مختلفين بالعدد في جواب ما هو ، أو أراد مصطلح أهل النحو وهو ما علق على شيء وعلى كل ما أشبهه ، ويجوز أن يريد بالجنس ما يندرج تحته أشخاص ، وقد مر بيان ذلك في كتاب النكاح في باب المهر انتهى . أقول : كل واحد من المعاني الثلاثة التي جوز كونها مرادة بالجنس هاهنا منظور فيه . أما الأول فلأنه إن أراد بالنوع في قوله وأراد بالجنس النوع المنطقي كما هو المتبادر من سياق كلامه يرد عليه أن من الأجناس الشرعية ما ليس بنوع عند أهل المنطق كالعبد والحرية فإنهما ليسا بنوعين عندهم بل هما عندهم من أصناف نوع الإنسان ، وإن أراد بذلك النوع اللغوي بمعنى القسم يلزم أن يدخل فيه جميع الأنواع الشرعية بل أصنافها أيضا ، فإن كل واحد منها قسم مما هو الأعم منه ، فلا يتميز الجنس الشرعي عن النوع الشرعي وما دونه فيختل معنى المقام . وأما الثاني فلأن ذلك المعنى الذي هو مصطلح أهل النحو في اسم الجنس وحاصله ما علق على شيء لا بعينه كما ذكره في باب المهر من كتاب النكاح يصدق على ما فوق الأجناس الشرعية كالعادة والثوب والرقيق ، فإن كل واحد منها مما يجمع الأجناس الشرعية كما صرحوا به ، ويصدق أيضا على ما تحت الأجناس الشرعية من الأنواع الشرعية وما دونها ، فلا يتميز الجنس الشرعي حينئذ من غيره فيختل معنى

إثبات الملك والبيع ينبيء عن إزالته والإزالة بعد الإثبات . قال (ومن وكل رجلا بشراء شيء الخ) إذا وكل رجلا بشراء شيء بغير عينه لابد لصحته من تسمية جنسه وصفته : أي نوعه أو جنسه ومبلغ ثمنه ، والمراد بالجنس والنوع هاهنا غير ما اصطلاح عليه أهل المنطق ، فإن الجنس عندهم هو المقول على كثيرين مختلفين بالحقيقة في جواب ما هو كالحويان ، والنوع هو المقول

الناس يوكل ولده أو خادمه بشراء الخبز والحم وغيرهما كل يوم مرات ولا كذلك بالبيع (قال المصنف : وصفته) أقول : أي نوعه كما

أو جنسه ومبلغ ثمنه) ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنه الائتار :

المقام . وأما الثالث فلأن ذلك المعنى الذى هو مصطلح حكماء اليونان في الجنس على ما نقل عن أبي علي بن سينا يصدق على كل مفهوم كل يندرج تحته أشخاص فيعم ما فوق الأجناس الشرعية وما تحتها من الأنواع الشرعية وأصنافها، فلا يتميز الجنس الشرعى حينئذ عن غيره أيضا فيختل معنى المقام . وقال صاحب العناية : والمراد بالجنس والنوع هاهنا غير ما اصطلاح عليه أهل المنطق ، فإن الجنس عندهم هو المقول على كثيرين مختلفين بالحقيقة في جواب ماهو كالحيو ان ، والنوع هو المقول على كثيرين متفقين بالحقيقة في جواب ما هو كالإنسان مثلا ، والصنف هو النوع المقيد بقيد عرضى كالتركي والهندي ، والمراد هاهنا بالجنس ما يشمل أصنافا على اصطلاح أولئك وبالنوع الصنف انتهى . أقول : لا يخفى على العارف بالفقه أن ما قاله صاحب العناية أقرب إلى ضبط ماهو المراد من الجنس والنوع عند أهل الشرع ، لكن فيه أيضا إشكال لأنه إن أراد بالصنف في قوله وبالنوع الصنف الصنف المنطقي كما هو المتبادر من سياق كلامه ، يرد عليه أن الحمار نوع عند أهل الشرع على ماسيجىء في الكتاب مع أنه ليس بصنف منطقي ، بل هو نوع عند أهل المنطق أيضا ، وإن أراد بذلك الصنف اللغوي بمعنى الضرب والقسم يرد عليه أن الرقيق مثلا صنف بهذا المعنى لأنه ضرب من الإنسان وليس بنوع عند أهل الشرع ، بل هو عندهم مما يجمع الأجناس الشرعية كالعبد والحرية على ما صرحوا به ، وإن العبد والحرية مثلا صنفان بالمعنى المذكور وليسا بنوعين عندهم بل هما عندهم جنسان كما نصوا عليه (أوجنسه ومبلغ ثمنه) أى أو تسمية جنسه ومقدار ثمنه (ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنه الائتار) أى فيمكن الوكيل الامتثال لأمر الموكل ، فإن ذكر الجنس مجردا عن الصفة أو الثمن لا يفيد المعرفة فلا يتمكن الوكيل من الإتيان بما أمره الموكل به . واعترض على قوله ليصير الفعل الموكل به معلوما بأن الفعل الموكل به معلوم وهو الشراء . والجواب أن الفعل الموكل به في هذا القسم ليس هو الشراء ، بل هو شراء نوع من جنس ، وإذا لم يعلم النوع لم يعلم الفعل المضاف إليه كذا في العناية . أقول : لقائل أن يقول : إن أراد أن الفعل الموكل به في هذا القسم شراء نوع معين من جنس فهو ممنوع ، كيف ومعنى الدليل المذكور أنه لو لم يسم الموكل بشراء شيء نوعه مع جنسه أو مبلغ ثمنه مع جنسه لم يصير الفعل الموكل به معلوما فلم يمكن للوكيل الائتار بما أمر به . وعلى هذا لا يحتمل أن يكون الفعل الموكل به شراء نوع معين لكونه خلاف المفروض . وإن أراد أن الفعل الموكل به في هذا القسم شراء نوع مّا من أنواع جنس فهو مسلم ، لكن يرد عليه الاعتراض بأن الفعل الموكل به حينئذ معلوم ، وهو شراء نوع مّا من جنس ، فإذا اشترى الوكيل أى نوع كان من ذلك الجنس يصير مؤتمرا بما أمر به . ويمكن الجواب بأن الفعل الموكل به حينئذ وإن كان شراء نوع مطلق من جنس نظرا إلى ظاهر لفظ الموكل لكن يجوز أن يكون مراد الموكل شراء نوع مخصوص من ذلك الجنس ، فإذا لم يعلم ذلك النوع المراد لم يمكن للوكيل

على كثيرين متفقين بالحقيقة في جواب إما هو كالإنسان مثلا ، والصنف هو النوع المقيد بقيد عرضى كالتركي والهندي ، والمراد هاهنا بالجنس ما يشمل أصنافا على اصطلاح أولئك ، وبالنوع الصنف ، فمن وكل رجلا بشراء شيء فلما أن يكون معنا أو لا ، والأول لا حاجة فيه إلى ذكر شيء ، والثاني لا بد فيه من تسمية جنسه ونوعه مثل أن يقول عبدا هنديا ، أو تسمية جنسه ومبلغ ثمنه مثل أن يقول عبدا بخمسة دراهم ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنه الائتار فإن ذكر الجنس مجردا عن الوصف أو الثمن غير مفيد للمعرفة فلا يتمكن الوكيل من الإتيان بما أمر به . واعترض على قوله ليصير الفعل الموكل به معلوما بأن الفعل الموكل به معلوم وهو الشراء . والجواب أن الفعل الموكل به في هذا القسم ليس هو الشراء بل شراء نوع من جنس ، وإذا لم يعلم النوع لم يعلم الفعل المضاف إليه ، بخلاف القسم الآخر وهو التوكيل العام مثل أن يقول ابتع لى مارأيت فإنه فوّض الأمر لى رأيه ، فأى شيء

مفسرها به بعد أسطر (قوله والمراد هاهنا بالجنس ما يشمل أصنافا الخ) أقول : سواء كان نوعا أو أخص منه كالرقيق (قوله وبالنوع الصنف) أقول : فيه بحث ، لأن الحمار نوع وليس بصنف منطقي (قوله والأول لا حاجة فيه إلى ذكر شيء) أقول : من الجنس والنوع والثنى صريحا ولا بد من ذكر بعضها صريحا في الثاني ، فلا يرد أن يقال في الثاني لا تحس الحاجة إلى تسمية الجنس لها سيحىء أنه إذا سمى نوع الدابة تصح

(إلا أن يوكله وكالة عامة فيقول ابتع لي ما رأيت) لأنه فوض الأمر إلى رأيه ، فأى شيء يشتره يكون ممثلاً .
والأصل فيه أن الجهالة اليسيرة تتحمل في الوكالة كجهالة الوصف استحساناً ،

الالتزام بأمره على وفق مراده ، فعنى كلام المصنف ليصير الفعل الموكل به معلوماً على وفق مراد الموكل فيمكن للوكيل الإتيان بأمره على وفق ذلك ويرشد إليه قوله فيما سيأتي فلا يدري مراد الأمر لتفاحش الجهالة (إلا أن يوكله وكالة عامة) استثناء من قوله فلا بد من تسمية جنسه وصفته أو جنسه ومبلغ ثمنه : يعنى إذا وكله وكالة عامة (فيقول ابتع لي ما رأيت) فلا يحتاج إلى ذكر شيء منها (لأنه) أى الموكل في هذه الصورة (فوض الأمر إلى رأيه) أى إلى رأى الوكيل (فأى شيء يشتره يكون ممثلاً) لأمر الموكل فيقع عنه . اعلم أن الجهالة ثلاثة أنواع : فاحشة وهى جهالة الجنس كالتركيب بشراء الثوب والدابة والرقيق وهى تمنع صحة الوكالة وإن بين الثمن لأن الوكيل لا يقدر على الامتثال . ويسيرة وهى جهالة النوع كالتركيب بشراء الحمار والفرس والبغل والثوب المروى والمروى فإنها لا تمنع صحة الوكالة وإن لم يبين الثمن . وقال بشر بن غياث : لا تصح الوكالة لأن التركيب بالبيع والشراء معتبر بنفس البيع والشراء فلا يصح إلا ببيان وصف المقود عليه . ولنا أنه عليه الصلاة والسلام وكل حكيم بن حزام بشراء شاة للأضحية ولم يبين صفها . ومبنى الوكالة على التوسع لكونها استعانة فيتحمل فيها الجهالة اليسيرة استحساناً . وفى اشتراط بيان الوصف بعض الحرج فسقط اعتباره . والجهالة متوسطة وهى بين النوع والجنس كالتركيب بشراء عبد أو شراء أمة أو دار ، فإن بين الثمن أو النوع يصح ويجعل ملحقاً بجهالة النوع ، وإن لم يبين الثمن أو النوع لا يصح ويلحق بجهالة الجنس لأنه يمنع الامتثال . كذا ذكر فى الكافي أخذاً من المبسوط والجوامع . فأراد المصنف أن يشير إلى هذه الأنواع الثلاثة من الجهالة ، وأن يبين حكم كل واحد منها فى باب الوكالة . فقال (والأصل فيه أن الجهالة اليسيرة تتحمل فى الوكالة كجهالة الوصف استحساناً) هذا بيان لحكم الجهالة اليسيرة ، وإنما قيد بالاستحسان لأن القياس أن لا تتحمل الجهالة فى الوكالة وإن قلت بناء على أن التركيب بالبيع والشراء معتبر بنفس البيع أو الشراء ؛ ألا يرى أننا نجعل الوكيل كالمشتري لنفسه ثم كالبائع من

يشتره يكون ممثلاً ويقع عن الأمر (والأصل أن الجهالة اليسيرة متحملة فى باب الوكالة استحساناً) والقياس يأباه لأن التركيب بالبيع والشراء معتبر بنفس البيع والشراء بأن يجعل الوكيل كالمشتري لنفسه ثم كالبائع من الموكل ، وفى ذلك الجهالة تمنع الصحة فكذلك لهما اعتبار به . ووجه الاستحسان ما ذكره (لأن مبنى التركيب على التوسع لأنه استعانة وفى اشتراط عدم الجهالة اليسيرة إخراج) فلو اعتبرناه لكان ما فرضناه توسعة ضيقاً وحرجاً ، وذلك خلف باطل فلا بد من بيان الجهالة اليسيرة وغيرها لتمييز ما يفسد الوكالة عما لا يفسدها فنقول : إذا بين الموكل به بجنسه ونوعه ووصفه فذاك معلوم صححت الوكالة به لا محالة ، وإن ترك جميع ذلك وذكر لفظاً يدل على أجناس مختلفة فذاك مجهول لم تصح الوكالة به لا محالة . وإن بين الجنس بأن ذكر لفظاً يدل على أنواع مختلفة ، فإن ضم إلى ذكره بيان النوع أو الثمن جازت وإلا فلا ، وإن بين النوع ولم يبين الوصف كالجودة وغيرها فكذلك ، وعلى هذا إذا قال لآخر اشترى ثوباً أو دابة أو داراً فالوكالة باطلة بين الثمن أو لا للجهالة الفاحشة ، فإن الدابة فى الحقيقة اسم لما يدب على وجه الأرض . وفى العرف ينطلق على الخيل والبغال والحمير فقد جمع أجناساً كثيرة ، وكذا الثوب لأنه يتناول الملبوس من الأطلس إلى الكساء ، ولهذا لا يصح تسميته مهراً ، وكذا الدار تشتمل على ما هو فى معنى الأجناس لأنها تختلف اختلافاً فاحشاً باختلاف الأغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان فيتعذر الامتثال ، لأن بذلك الثمن يوجد من كل جنس ولا يدري مراد الأمر لتفاحش الجهالة ، إلا إذا وصفها فإنها جازت لارتفاع تفاحشها بذكر الوصف

الوكالة ، فإن عمم الذكر الضمى أيضاً يقال الجنس والنوع المذكوران ضمناً فى الأول ، فليأمل (قال المصنف : والأصل فيه أن الجهالة اليسيرة) أقول : والاكتفاء بمعلومية الجنس والنوع أو الجنس ومبلغ الثمن على ما علم فيما تقدم من قوله ليصير الفعل الخ (قوله فلو اعتبرناه لكان إلى قوله : خلف باطل) أقول : فيه شيء (قوله وإن بين النوع ولم يبين الوصف كالجودة وغيرها فكذلك) أقول : يعنى فكذلك جازت الوكالة (قوله فيتعذر الامتثال) أقول : وإن بين الثمن (قوله إلا إذا وصفها) أقول : مع ذكر الثمن .

لأن مبنى التوكيل على التوسعة لأنه استعانة . وفي اعتبار هذا الشرط بعض الحرج وهو مدفوع (ثم إن كان اللفظ يجمع أجناسا أو ماهو في معنى الأجناس لا يصح التوكيل وإن بين الثمن) لأن بذلك الثمن يوجد من كل جنس فلا يدري مراد الأمر لتفاحش الجهالة (وإن كان جنسا يجمع أنواعا لا يصح إلا ببيان الثمن أو النوع) لأنه بتقدير الثمن يصير النوع معلوما ، وبذكر النوع تقل الجهالة فلا تمتنع الامتثال . مثاله : إذا وكله بشراء عبد أو جارية لا يصح لأنه يشمل أنواعا فإن بين النوع كالتركي والحبشي أو الهندي أو السندي أو المولد جاز ، وكذا إذا بين الثمن لما ذكرناه ، ولو بين النوع أو الثمن ولم يبين الصفة الجودة والرداءة والسطة جاز لأنه جهالة مستدركة ، ومراده من الصفة المذكورة في الكتاب النوع (وفي الجامع الصغير : ومن قال لآخر اشترى ثوبا أو دابة أو دارا فالوكالة باطلة) للجهالة الفاحشة ، فإن الدابة في حقيقة اللغة اسم لما يدب على وجه الأرض . وفي العرف يطلق على الخيل

الموكل فلا يجوز إلا ببيان وصف المعقود عليه . وجه الاستحسان ما ذكره بقوله (لأن مبنى التوكيل على التوسعة لأنه استعانة وفي اعتبار هذا الشرط) يعني اشتراط بيان الوصف أو اشتراط عدم الجهالة اليسيرة (بعض الحرج وهو مدفوع) شرعا بالنص (ثم إن كان اللفظ) أى لفظ الموكل (يجمع أجناسا) كالدابة والثوب (أو ماهو في معنى الأجناس) كالدار والرقيق (لا يصح التوكيل وإن بين الثمن) هذا بيان لحكم الجهالة الفاحشة ، وإنما كان الحكم فيها كذلك (لأن بذلك الثمن يوجد من كل جنس) أى يوجد فرد من كل جنس (فلا يدري مراد الأمر لتفاحش الجهالة) فالوكيل لا يقدر على الامتثال (وإن كان) أى اللفظ (جنسا يجمع أنواعا) كالعبد والأمة (لا يصح) أى التوكيل (إلا ببيان الثمن أو النوع) هذا بيان لحكم الجهالة المتوسطة وإنما كان الحكم فيها كذلك (لأنه بتقدير الثمن يصير النوع معلوما وبذكر النوع تقل الجهالة فلا يمنع الامتثال) أى امتثال أمر الأمر (مثاله) أى مثال هذا النوع من أنواع الجهالة ، وإنما ذكر المثال لهذا النوع دون النوعين السابقين لأن مثال ذينك النوعين سيأتى في أثناء مسألة الجامع الصغير ، بخلاف هذا النوع وهذا سر تفردت ببيانه (إذا وكله) أى إذا وكل رجل رجلا (بشراء عبد أو جارية لا يصح) أى لا يصح التوكيل بمجرد هذا اللفظ (لأنه يشمل أنواعا) أى لأن هذا اللفظ : يعنى لفظ عبد وجارية يشمل أنواعا فلا يدري المراد (فإن بين النوع كالتركي أو الحبشي أو الهندي أو السندي أو المولد) وفي المغرب المولدة التى ولدت ببلاد الإسلام (جاز) أى التوكيل وكذا إذا بين الثمن لما ذكرناه (أراد به قوله لأن بتقدير الثمن يصير النوع معلوما . قال بعض المشايخ : إن كان يوجد بما سمي من الثمن من كل نوع لا يصح ببيان الثمن مالم يبين النوع كذا في اللخيرة (ولو بين النوع أو الثمن ولم يبين الصفة) وهى (الجودة والرداءة والسطة) أى الوسط السطة مع الوسط كالعدة مع الوعد والعظة مع الوعظ في أن التاء في آخرها عوضت عن الواو الساقطة من أولها في المصدر والفعل من حد ضرب (جاز) أى للتوكيل (لأنه) أى هذا القدر من الجهالة (جهالة مستدركة) أى يسيرة فلا يبالى بها (ومراده) أى مراد القدورى (من للصفة المذكورة في الكتاب) أى في مختصره (النوع) ليوافق كلامه القاعدة الشرعية وما صرح به في كتب سائر المشايخ (وفي الجامع الصغير : ومن قال لآخر اشترى ثوبا أو دابة أو دارا فالوكالة باطلة) أى وإن بين الثمن كما ذكر فيما مر ، ولما بطلت الوكالة كان الشراء واقعا على الوكيل كما صرح به في نسخ الجامع الصغير فقال : رجل أمر رجلا أن يشتري له ثوبا أو دابة فاشترى فهو مشتر لنفسه والوكالة باطلة (للجهالة الفاحشة ، فإن الدابة في حقيقة اللغة اسم لما يدب على وجه الأرض . وفي العرف ينطلق على الخيل

والثمن ، وإذا قال اشترى عبدا أو جارية لا يصح لأن ذلك يشمل أنواعا ، فإن قال عبدا تركيا أو حبشيا أو مولدا وهو الذى ولد في الإسلام أو قال جارية هندية أو رومية أو فرسا أو بغلا صحت ، لأن بذكر النوع تقل الجهالة ، وكذا إذا قال عبدا بخمسة أو جارية بألف صحت لأن بتقدير الثمن يصير النوع معلوما عادة فلا يمتنع الامتثال . وتبين من هذا أنه إذا ذكر النوع أو الثمن بعد ذكر الجنس صارت الجهالة يسيرة ، وإن لم يذكر الصفة : أى الجودة والرداءة والسطة . وفائدة ذكر الجامع

والحمار والبغل فقد جمع أجناسا، وكذا الثوب لأنه يتناول الملبوس من الأطلس إلى الكساء ولهذا لا يصح تسميته مهرا وكذا الدار تشمل ماهو في معنى الأجناس لأنها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الأغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان فيتعذر الامتثال (قال : وإن سمي ثمن الدار ووصف جنس الدار والثوب جاز) معناه نوعه ، وكذا إذا سمي نوع الدابة بأن قال حمارا أو نحوه .

والحمار والبغل فقد جمع أجناسا) يعني أن لفظ الدابة سواء حمل على اللغة أو على العرف قد جمع أجناسا فكانت الجهالة فيه فاحشة (وكذا الثوب) أى هو أيضا يجمع أجناسا (لأنه يتناول الملبوس من الأطلس إلى الكساء) أى من الأعلى إلى الأدنى فكانت الجهالة فيه أيضا فاحشة (ولهذا لا يصح تسميته) أى تسمية الثوب (مهرا) فإن الجهالة الفاحشة تبطل التسمية في باب المهر أيضا (وكذا الدار تشمل ماهو في معنى الأجناس) يعني أن الدار وإن لم تجمع أجناسا حقيقة إلا أنها تجمع ما هو في معنى الأجناس (لأنها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الأغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان فيتعذر الامتثال) أى يتعذر الامتثال لأمر الأمر بشراء الأشياء المذكورة لتفاحش الجهالة . قال (وإن سمي ثمن الدار ووصف جنس الدار والثوب جاز) أى التوكيل هذا لفظ الجامع الصغير . قال المصنف (معناه) يعني معنى جنس الدار في قوله ووصف جنس الدار (نوعه) فحينئذ تلتحق بجهالة النوع وهي جهالة يسيرة لاتمنع صحة الوكالة كما مر . قال صاحب النهاية : وتقييده بذكر نوع الدار مخالف لرواية المبسوط فقال فيه : وإن وكله بأن يشتري له دارا ولم يسم ثمنها لم يميز ذلك ، ثم قال : وإن سمي الثمن جاز لأن بتسمية الثمن تصير معلومة عادة ، وإن بقيت جهالة فهي يسيرة مستدركة . والمتأخرون من مشايخنا يقولون في ديارنا لا يجوز إلا ببيان المحلة انتهى . واقتضى أثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه في أكثر المواضع . وأنا أقول : في تحقيق المقام : إنما حمل المصنف الجنس الواقع في عبارة الجامع الصغير هاهنا على النوع لثلاثي المختل معنى المقام ، فإنه لو أجرى الجنس هاهنا على معناه الظاهري كان ذكر وصف الجنس مستدركا بالنظر إلى مسألة الدار ومخلا بالنظر إلى مسألة الثوب . أما الأول فلأن الموكل إذا سمي ثمن الدار يلفو هناك وصف جنسها ، إذ لا مدخل لوصف الجنس في رفع الجهالة ، وإنما ترفع الجهالة بتسمية الثمن أو ببيان النوع . كما تقرر فيما مر قبل . وأما الثاني فلأن الثوب معطوف على الدار فيصير المعنى : إن وصف الموكل جنس الثوب جاز التوكيل ، ولا صحة له على تقدير إن كان الجنس يجرى على معناه الظاهري ، لأن الثوب من قبيل ما يجمع أجناسا فالجهالة فيه فاحشة وهي لا ترفع . وإن بين الثمن ، فكيف يتصور ارتفاعها بمجرد وصف الجنس . وأما إذا حمل على معنى النوع فيصح المعنى في مسألة الثوب بلا غبار ، إذ ببيان النوع ترفع الجهالة التي تمنع صحة الوكالة قطعا ، وإنما يبقى الكلام في مسألة الدار فإنها تصير حينئذ مقيدة بتسمية الثمن ووصف النوع ، مع أن تسمية الثمن كافية فيها على ما وقع في رواية المبسوط ، بل في رواية عامة الكتب ، فنصير رواية الجامع الصغير مخالفة لرواية تلك الكتب ، لكن وقوع الروايتين ليس بعزيز في المسائل الشرعية ، فيجوز أن يكون الأمر هاهنا أيضا كذلك ، فيكون مدار رواية الجامع الصغير على أن الجهالة في الدار فاحشة كما بينه المصنف ، ومدار رواية تلك الكتب على أن الجهالة فيها متوسطة كما صرحوا به . ثم إننا إن جهلنا وصف النوع في حق الدار ببيان المحلة صار ما ذكره في الجامع الصغير حين ما قاله المتأخرون من مشايخنا وكان موافقا لما ذكر في كثير من الكتب فتأمل . قال المصنف (وكذا إذا سمي نوع الدابة بأن قال حمارا ونحوه) أى يصح التوكيل بشراء الحمار ونحوه وإن لم يبين الثمن ، وبه صرح في المبسوط لأن الجنس صار معلوما

الصغير . بيان اشتغال لفظه على أجناس مختلفة كما أشرنا إليه .

(قال المصنف : وإن سمي ثمن الدار ، إلى قوله : جاز معناه نوجه) أقول : وفي شرح الجامع الصغير للإمام الترمذى : ولو قال اشترى لي حمارا أو فرسا أو ثوبا يهوديا أو هرويا صح التوكيل وإن لم يبين الثمن ، لأن هذه جهالة يسيرة يمكن دركها بحال الأمر . ولو قال اشترى لي جارية أو عبدا أو لؤلؤة أو دارا ، إن بين الثمن صحة الوكالة وإلا فلا ، لأن جهالة هذه الأشياء أكثر من جهالة الفرس وأقل من جهالة الثوب ، فإن بين الثمن ألحق بجهالة الفرس ، وإن لم يبين ألحق بجهالة الثوب انتهى . ولا يخفى عليك مخالفة المذكور في الهداية لما في هذا الكتاب .

(قال : ومن دفع إلى آخر دراهم وقال اشترى بها طعاما فهو على الخنطة ودقيقها) استحسانا . والقياس أن يكون على كل مطعم اعتبارا للحقيقة كما في اليمين على الأكل إذ الطعام اسم لما يطعم . وجه الاستحسان أن العرف أملك وهو على ما ذكرناه إذا ذكر مقرونا بالبيع والشراء ،

بتسمية النوع ، وإنما بقيت الجهالة في الوصف فتصح الوكالة بدون تسمية الثمن . فإن قيل : الحمير أنواع منها ما يصلح لركوب العظماء ، ومنها ما لا يصلح إلا للحمل عليه . قلنا : هذا اختلاف الوصف مع أن ذلك يصير معلوما بمعرفة حال الموكل حتى قالوا : إن القاضي أو الوالي إذا أمرنا بشراء حمار ينصرف إلى ما يركب مثله ، حتى لو اشتراه مقطوع الذنب أو الأذنين لا يجوز عليه ، بخلاف ما لو أمره الفاليزي بذلك ، كذا في المبسوط وذكر في كثير من الشروح . أقول : بقي هاهنا كلام ، وهو أن ما ذكره المصنف هاهنا مخالف لما ذكره في باب المهر في مسألة التزوج على حيوان غير موصوف حيث قال هناك : معنى هذه المسئلة أن يسمى جنس الحيوان دون الوصف بأن يتزوجها على فرس أو حمار انتهى . فقد جعل الحمار هناك جنسا وهنا نوعا والتوجيه الذي ذكره صاحب العناية هناك من أنه أراد بالجنس ماهو مصطلح الفقهاء دون مصطلح أهل المنطق ليس بجيد ، إذ قد صرح المصنف هاهنا بأن الحمار نوع ، ولا شك أن مراده بالنوع هاهنا ماهو مصطلح الفقهاء وإلا للزم بيان ثمن الحمار أيضا ، وقد صرحوا بعدم لزومه فلم يكن الحمار جنسا على مصطلح الفقهاء أيضا (قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن دفع إلى آخر دراهم وقال اشترى بها طعاما فهو على الخنطة ودقيقها) وإنما قيد بدفع الدراهم الخ لأنه إذا لم يدفع إليه دراهم وقال اشترى طعاما لم يجز على الأمر لأنه لم يبين له المقدار وجهالة القدر في المكيلات والموزونات كجهالة الجنس من حيث أن الوكيل لا يقدر على تحصيل مقصود الأمر بما يسمى له كذا في الكافي وغيره ، وما ذكر في الكتاب استحسان (والقياس أن يكون على كل مطعم اعتبارا للحقيقة) أي لحقيقة الطعام (كما في اليمين على الأكل) يعني إذا حلف لا يأكل طعاما بحث بأكل أي طعام كان (إذ الطعام اسم لما يطعم) بحسب الحقيقة (وجه الاستحسان أن العرف أملك) أي أقوى وأرجح بالاعتبار من الحقيقة (وهو) أي العرف (على ما ذكرناه) أي على الخنطة ودقيقها (إذا ذكر) أي الطعام (مقرونا بالبيع والشراء) يعني أن العرف في شراء الطعام إنما يقع على الخنطة ودقيقها ، وبائع الطعام في الناس من يبيع الخنطة ودقيقها دون من يبيع الفواكه فصار التقييد الثابت بالعرف كالثابت بالنص ، كذا في المبسوط . وقال في الكافي : ولهذا لو حلف لا يشتري طعاما لا يثبت إلا بشراء البر ودقيقه

قال (ومن دفع إلى آخر دراهم وقال اشترى بها طعاما الخ) ومن دفع إلى آخر دراهم وقال اشترى بها طعاما يقع على الخنطة ودقيقها استحسانا ، والقياس أن يقع على كل مطعم اعتبارا للحقيقة ، كما إذا حلف لا يأكل طعاما إذ الطعام اسم لما يطعم (وجه الاستحسان أن العرف أملك) أي أقوى وأرجح بالاعتبار من القياس ، والعرف في شراء الطعام أن يقع على الخنطة ودقيقها . قالوا : هذا عرف أهل الكوفة ، فإن سوق الخنطة ودقيقها عندهم يسمى سوق الطعام ، أما في عرف غيرهم فينصرف إلى كل مطعم . قال بعض مشايخ ما وراء النهر : الطعام في عرف ديارنا ما يمكن أكله من غير إدام كاللحم المطبوخ والمشوى وغير ذلك فينصرف التوكيل إليه . وقيل إن كثرت الدراهم على الخنطة ، وإن قلت فهو على الخبز ، وإن كان يثنى ذلك فعلى الدقيق ، وهذا بظاهره يدل على أن ما ذكره أولا مطلق : أي سواء كانت الدراهم قليلة أو كثيرة إذا وكل بشراء الطعام ينصرف إلى شراء الخنطة ودقيقها ، وهذا الثاني المعبر عنه بلفظ قيل مخالف للأول وهو قول أبي جعفر المندلواني ، ولكن ذكر في النهاية أنه ليس بقول مخالف للأول بل هو داخل في الأول ، وذكر ما يدل على ذلك من المبسوط بقوله : قال في المبسوط بعد ما ذكرنا : ثم إن قلت الدراهم فله أن يشتري بها خبزا ، وإن كثرت فليس له أن

ثم أقول : ويحتمل أن يكون الواو في قول المصنف ووصف جنس الدار بمعنى أو حتى لا يخالف ما في سائر الكتب كالکافي وغيره . نعم الموافق لكلامه السابق إبقاء الواو على معناه فليتأمل (قوله وأرجح بالاعتبار من القياس) أقول : الأول أن يقال من الحقيقة .

ولا عرف في الأكل فبقى على الوضع ، وقيل إن كثرت الدراهم فعلى الخنطة ، وإن قلت فعلى الخبز ، وإن كان فيما بين ذلك فعلى الدقيق .

(ولا عرف في الأكل فبقى على الوضع) أى فبقى الطعام في حق الأكل على الوضع والحقيقة ، ولهذا يبحث في اليمين على الأكل بأكل أى مطعموم كان . قالوا : هذا الذى ذكر في شراء الطعام من انصرافه إلى الخنطة ودقيقها إنما هو عرف أهل الكوفة فإن سوق الخنطة ودقيقها عندهم يسمى سوق الطعام ، وأما في عرف غيرهم فينصرف إلى شراء كل مطعموم . وقال بعض مشايخ ما وراء النهر : الطعام في عرف ديارنا ما يمكن أكله من غير إدام كاللحم المطبوخ والمشوى وغير ذلك فينصرف التوكيل إليه . قال الصدر الشهيد : وعليه الفتوى ، كذا في الذخيرة وغيرها (وقيل إن كثرت الدراهم فعلى الخنطة ، وإن قلت فعلى الخبز ، وإن كان فيما بين ذلك فعلى الدقيق) هذا بظاهره يدل على أن ما ذكره أولا مطلق : أى سواء كانت الدراهم قليلة أو كثيرة إذا وكل بشراء الطعام ينصرف إلى شراء الخنطة ودقيقها ، وهذا الذى ذكره ثانيا وعبر عنه بلفظ قيل مخالف للأول وهو قول الفقيه أبي جعفر الهندوانى كما ذكره الصدر الشهيد في أول باب الوكالة بالبيع والشراء من بيع الجامع الصغير وعزاه الإمام قاضىخان في فتاواه إلى شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده . . ولكن قال صاحب النهاية : إنه ليس بقول مخالف للأول بل هو داخل في الأول . وإليه أشار في المبسوط والذخيرة فقال في المبسوط بعد ذكر ما قلنا : ثم إن قلت الدراهم فله أن يشتري بها خبزا ، وإن كثرت فليس له أن يشتري بها الخبز ، لأن ادخاره غير ممكن ، وإنما يمكن الادخار في الخنطة . وذكر في الذخيرة : وإذا وكل رجلا بأن يشتري له طعاما ودفع إليه الدراهم صح التوكيل استحسانا ، وينصرف التوكيل إلى الخنطة ودقيقها وخبزها وتحكم الدراهم في تعيين واحد منها إن كانت الدراهم قليلة بحيث لا يشتري بمثلها في العرف إلا الخبز ، فالتوكيل ينصرف إلى الخبز إلى آخره . ثم قال : قال القدورى : إذا كان الرجل قد اتخذ ولية يعلم أن مراده من التوكيل الخبز وإن كثرت الدراهم ، فإذا اشتري الخبز في هذه الصورة يجوز على الأمر إلى هاهنا كلام صاحب النهاية . وقال صاحب العناية بعد نقل رأى صاحب النهاية هاهنا من أن المعبر عنه بقيل غير مخالف للأول بل هو داخل فيه . وأقول : في تحقيق ذلك العرف يصرف إطلاق اللفظ المتناول لكل مطعموم إلى الخنطة ودقيقها ، والدراهم بقلتها وكثرتها وسطها تعين أفراد ماعينه العرف . وقد يعرض ما يرجح على ذلك ويصرفه إلى خلاف ما حل عليه مثل الرجل اتخذ الولية ودفع دراهم كثيرة ليشتري بها طعاما فاشتري بها خبزا وقع على الوكالة للعلم بأن المراد ذلك انتهى . وطعن فيه بعض الفضلاء حيث قال : نسبة هذا الكلام إلى نفسه عجيب ، فإن صاحب النهاية ذكر ما يدل على ما قاله من المبسوط والذخيرة . ولا يذهب عليك أن ما ذكره بقوله أقول هو ما في الذخيرة بعينه انتهى . وأقول : لا يذهب على المتأمل في كلام صاحب العناية أن نسبته إلى نفسه ليست بمحل التعجب لأنه أراد بيان وجه ما ذكر أولا من أصل المسئلة وبيان طريق دخول ما ذكر ثانيا بقيل في الأول وبيان التوفيق بين ما ذكره القدورى وبين ما ذكره هاهنا بقيل . وفي الذخيرة بتحكم الدراهم وقصد إفادة هذه المعاني الثلاثة بقيل داخل في الأول ، وقد ذكر فيه الخبز أيضا دون الأول ،

يشتري بها الخبز لأن ادخاره غير ممكن ، وإنما يمكن الادخار في الخنطة . وأقول : في تحقيق ذلك العرف ينصرف إطلاق اللفظ المتناول لكل مطعموم إلى الخنطة ودقيقها ، والدراهم بقلتها وكثرتها وسطها تعين أفراد ماعينه العرف . وقد يعرض ما يرجح على ذلك ويصرفه إلى خلاف ما حل به عليه ، مثل الرجل اتخذ الولية ودفع دراهم كثيرة يشتري بها طعاما فاشتري بها خبزا وقع على

(قوله وأقول في تحقيق ذلك العرف ينصرف الخ) أقول : نسبة هذا الكلام إلى نفسه عجيب ، فإن صاحب النهاية ذكر ما يدل على ما قاله من المبسوط والذخيرة ، فقال بعد نقل كلام المبسوط : وذكر في الذخيرة : وإذا وكل رجلا بأن يشتري له طعاما ودفع إليه الدراهم صح التوكيل استحسانا وينصرف التوكيل إلى الخنطة ودقيقها وخبزها ، وتحكم الدراهم في تعيين واحد منها إن كانت الدراهم قليلة بحيث لا يشتري بمثلها في العرف إلا الخبز الخ فالتوكيل ينصرف إلى الخبز ، ولا يذهب عليك أن ما ذكره بقوله أقول هو ما في الذخيرة بعينه (قوله إلى الخنطة ودقيقها) أقول : الأولى أن يكون وخبزها أيضا .

قال (وإذا اشترى الوكيل وقبض ثم اطلع على عيب فله أن يردّه بالعيب مادام المبيع في يده) لأنه من حقوق العقد وهي كلها إليه (فإن سلمه إلى الموكل لم يردّه إلا بإذنه) لأنه انتهى حكم الوكالة ، ولأن فيه إبطال يده الحقيقية فلا يتمكن منه إلا بإذنه ، ولهذا كان خصما لمن يدعى في المشتري دعوى كالتشفيع وغيره قبل التسليم إلى الموكل لا بعده . قال (ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم) لأنه عقد يملكه بنفسه فيملك التوكيل به على مامر ،

وكيف يصح ما ذكر في التحقيق المزبور من أن الدراهم بقلتها وكثرتها وسطها تعين أفراد ماعينه العرف ، والخبر لم يدخل فيما عينه العرف على ما ذكر فيه . لا يقال : يجوز أن يدرج الخبر في الحنطة ودقيقها المذكورين أو أن يجعل في حكمهما فيكتفى بذكرهما عن ذكره . لأننا نقول : لا مجال لشيء من ذلك لأنهم جعلوا الخبر قسيما للحنطة ودقيقها في الذكر والحكم حيث قالوا : إن كثرت الدراهم فعل الحنطة ، وإن قلت فعل الخبر ، وإن كان فيما بين ذلك فعل الدقيق فأني يتيسر ذلك . نعم قد ذكر الخبر مع الحنطة ودقيقها في الذخيرة في أصل المسئلة وبيان تحكيم الدراهم كما مرّ تفصيله عند نقل كلام صاحب النهاية ، فحينئذ لا إشكال ، ولكن الكلام في تصحيح مسئلة الكتاب ومسئلة المبسوط على القول بكون الكلام الثاني داخلا في الأول فتأمل (قال) أي القدوري في مختصره (وإذا اشترى الوكيل وقبض ثم اطلع على عيب فله أن يردّه بالعيب) أي فلولوكيل أن يردّه ما اشتراه على البائع بسبب العيب فيه (مادام المبيع في يده ، لأنه) أي الردّ بالعيب (من حقوق العقد) أي من حقوق عقد الشراء (وهي كلها إليه) أي الحقوق كلها ترجع إلى الوكيل في مثل هذا العقد (فإن سلمه إلى الموكل) أي فإن سلم الوكيل المبيع إلى الموكل (لم يردّه إلا بإذنه) أي لم يردّه على البائع إلا بإذن الموكل (لأنه انتهى حكم الوكالة) أي انتهى حكم الوكالة بتسليمه إلى الموكل فخرج من الوكالة والقطع حقه (ولأن فيه) أي في الردّ بالعيب بعد التسليم إلى الموكل (إبطال يده) أي يد الموكل (الحقيقية فلا يتمكن منه إلا بإذنه) أي بإذن الموكل الذي هو صاحب اليد الحقيقية (ولهذا) أي ولأجل كون الحقوق كلها إلى الوكيل كذا قيل في كثير من الشروح . أقول : فيه نظر لأن هذا التفسير إنما يتم بالنظر إلى قول المصنف فيما سيأتي قبل التسليم إلى الموكل لا بالنظر إلى قوله لا بعده كما لا يخفى ، مع أن كلا منهما في حيز هذا التفريع كما ترى . فالحق في التفسير أن يقال : أي لما ذكرنا من الأدلة على جواز الردّ في صورة وعدم جوازه في أخرى (كان) أي للوكيل (خصما لمن يدعى في المشتري دعوى كالتشفيع) إذا ادعى حق الشفعة في المشتري (وغيره) أي وغير الشفيع كمن يدعى الاستحقاق في المشتري من حيث الملك (قبل التسليم إلى الموكل) متعلق بقوله كان خصما : أي كان الوكيل خصما لذلك المدعى قبل التسليم إلى الموكل (لا بعده) أي لم يكن خصما له بعد التسليم إليه (قال) أي القدوري في مختصره (ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم) يعني إذا وكل شخصا أن يعقد عقد الصرف أو يسلم في مكيل مثلا ففعل جاز لأنه عقد يملكه بنفسه فيملك التوكيل به دفعا للحاجة (على مامر) في أول كتاب الوكالة وهو قوله كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه جاز أن يوكل به غيره . قال جمهور الشراح : يرد عليه مسئلة الوكالة

الوكالة للعلم بأن المراد ذلك . قال (وإذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب النخ) وإذا اشترى الوكيل ماوكل به وقبضه ثم اطلع على عيب ، فلما أن يكون المشتري بيده أو دفعه إلى الموكل ، فإن كان الأول جاز له أن يردّه إلى البائع بغير إذن الموكل ، لأن الردّ بالعيب من حقوق العقد وهي كلها إليه ، وإن كان الثاني لم يردّه إلا بإذنه لانتهاء حكم الوكالة ، ولأن في الردّ إبطال يده الحقيقية فلا يتمكن منه إلا بإذنه (ولهذا) أي ولكون الحقوق كلها إليه (كان خصما لمن يدعى في المشتري دعوى كالتشفيع وغيره) كالمستحق (قبل التسليم إلى الموكل) قال (ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم النخ) إذا وكل شخصا بأن يعقد عقد الصرف أو يسلم في مكيل مثلا ففعل جاز لأنه عقد يملكه الموكل بنفسه فيجوز التوكيل به على مامر في أول كتاب الوكالة ،

(قوله ولهذا : أي ولكون الحقوق كلها إليه) أقول : الشارح فيع في هذا التفسير الإلتقاف ، وفيه بحث ، فإن الأولى أن يقول : أي لما ذكر من الأدلة على جواز الرد قبل التسليم وعدم جوازه بعده إلا بإذنه ، إذ لا يفتقر قوله لا بعده على ما ذكره مع أنه مذكور في حيز التفريع ، ولنفتنه على ذلك لم يذكر الشارح قوله لا بعده ، بخلاف الإلتقاف فليتأمل .

ومرادته التوكيل بالإسلام دون قبول السلم لأن ذلك لا يجوز ، فإن الوكيل يبيع طعاما في ذمته على أن يكون الثمن لغيره ، وهذا لا يجوز .

من جانب المسلم إليه فإنها لا تجوز مع أن المسلم إليه لو باشر بنفسه لقبول السلم يجوز ، فمنهم من لم يجب عنه ومنهم من أجاب عنه . فقال صاحب غاية البيان : فجوابه أن القياس أن لا يملكه المسلم إليه أيضا لكونه بيع المعلوم ، إلا أنه جواز ذلك من المسلم إليه رخصة له دفعا لحاجة المفايلس . وقد روى «أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ماليس عند الإنسان ورخص في السلم» وما ثبت بخلاف القياس يقتصر فيه على مورد النص فلم يجوز توكيله غيره . أو نقول : جاز بيع المعلوم ضرورة دفع حاجة المفايلس . والثابت بالضرورة بتقدير بقدر الضرورة ، فلم يظهر أثره في التوكيل ولم يرد نقضا على الكلى الذى قاله القدورى ، لأن تملك المسلم إليه العقد بنفسه لعرض الضرورة ، والعوارض لا تنقدح في القواعد . وقال هذا ما سمح به خاطرى في هذا المقام ، وقد تبعه صاحب العناية في كلا وجهي جوابه ولكنه أحلهما . أقول : في كل أحد منهما نظر . أما في الأول فلأنه منقوض بعقد الإجارة مثلا لأنه كما يجوز أن يباشره الإنسان بنفسه يجوز أن يوكل به غيره بلا خلاف ، مع أنه ثابت أيضا على خلاف القياس بالنص كما سيأتي في أول كتاب الإجارة . ثم إن الظاهر أن مورد النص مجرد جواز عقد السلم من غير تعرض للمباشرة بنفسه ، فجواز التوكيل فيه على فرض لا ينافي الاقتصار على مورد النص ، كما أن جوازه في عقد الإجارة لم يناف الاقتصار على مورد النص لأجل ذلك . وأما في الثاني فلأنه مع انتقاضه أيضا بمثل عقد الإجارة يرد عليه أن في التوكيل أيضا ضرورة دفع الحاجة سيما إذا كان الموكل مريضا أو شيخا فانيا أو نحو ذلك ، فيكون الثابت بالضرورة مقدرا بقدر الضرورة لا يمنع جواز التوكيل من جانب المسلم إليه أيضا . لا يقال : إنما جاز بيع المعلوم في عقد السلم لضرورة دفع حاجة المفايلس إلى الثمن لا لمطلق الضرورة . والذي يتحقق في التوكيل ضرورة دفع حاجة الموكل إلى العمل لا غير . لأننا نقول : بل يتحقق في التوكيل عند الحاجة إليه ضرورة دفع حاجة المفايلس إلى الثمن أيضا مع زيادة ، فإن المفلس عاجز عن المباشرة بنفسه إذا لم يقدر على توكيل غيره لقبول السلم تشتد حاجته إلى الثمن . قال المصنف (ومرادته التوكيل بالإسلام) أى مراد القدورى بالتوكيل بعقد السلم بالتوكيل بالإسلام ، وهو توكيل رب السلم غيره بأن يعقد عقد السلم ، ولفظ الإسلام إنما يستعمل من جانب رب السلم . يقال : أسلم في كذا : إذا اشترى شيئا بالسلم (دون قبول السلم) أى ليس مراده بذلك التوكيل بقبول السلم وهو التوكيل من جانب المسلم إليه (لأن ذلك) أى لأن التوكيل بقبول السلم (لا يجوز فإن الوكيل حينئذ يبيع طعاما في ذمته على أن يكون الثمن لغيره) أى الموكل (وهذا لا يجوز)

ولو وكله بأن يقبل السلم لا يجوز لأن الوكيل يبيع طعاما في ذمته على أن يكون الثمن لغيره ، وذلك لا يجوز لأن من باع ملك نفسه العين على أن يكون الثمن لغيره لا يجوز فكذلك في الديون . واعتراض بأن قبول السلم عقد يملكه الموكل فالواجب أن يملكه الوكيل حفظا للقاعدة المذكورة عن الانتقاض ، وبأن التوكيل بالشراء جائز لامحالة ، والثمن يجب في ذمة الموكل والوكيل مطالب به فلم لا يجوز أن يكون المال للمسلم إليه والوكيل مطالب بتسليم السلم فيه . وأجيب عن الأول بأن الموكل يملكه ضرورة دفع الحاجة والنص على خلاف القياس . والثابت بالضرورة بتقدير بقدرها فلا يتعدى إلى جواز التوكيل به ، والثابت بالنص على خلاف القياس يقتصر على مورد النص ، والنص قد ورد بجواز قبوله فلا يتعدى إلى الأمر به . وعن الثاني بأن كلامنا فيما إذا كان المبدل في ذمة شخص وآخر يملك بدله ، وما ذكرتم ليس كذلك فإن الموكل في الشراء يملك المبدل ويلزم البدل في ذمته . فإن قيل : فاجعل المسلم فيه في ذمة الموكل والمال له كما في صورة للشراء . فالجواب هو الجواب عن السؤال الأول المذكور آنفا ،

(قال المصنف : فإن الوكيل يبيع طعاما في ذمته على أن يكون الثمن لغيره) أقول : لأن الحقوق ترجع إليه فيكون الطعام ديناً في ذمته ، كما أن الثمن يكون ديناً في ذمة الوكيل بالشراء فليتأمل ، فإننا لا نسلم أن الثمن دين في ذمة الوكيل (قوله فلم لا يجوز أن يكون المال الخ) أقول : يعنى أن يكون الثمن (قوله وبالنص على خلاف القياس) أقول : المراد من النص هو ما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام «نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ، ورخص في السلم» كما مر في أول باب السلم (قوله فالجواب هو الجواب عن السؤال الخ) أقول : جواب بتغيير الدليل واعتراف بعلم تمام الدليل الأول .

(وإن فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد) لوجود الافتراق من غير قبض (ولا يعتبر مفارقة الموكل) لأنه ليس بعاقده والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وإن كان لا يتعلق به الحقوق كالأصبي والعبد المحجور عليه ،

لأن من باع ملك نفسه من الأعيان على أن يكون الثمن لغيره لا يجوز فكذلك في الديون نص على ذلك محمد في باب الوكالة بالمسلم من البيوع . وإذا بطل التوكيل من المسلم إليه بقبول عقد السلم كان الوكيل عاقدا لنفسه فيجب الطعام في ذمته ورأس المال مملوك له ، فإذا سلمه إلى الأمر على وجه التملك منه كان قرضا له عليه ، كذا في المبسوط وغيره . فإن قيل قد يجوز التوكيل بشيء يجب في ذمة الغير كما في التوكيل بالشراء ، فإن الوكيل هو المطالب بالثمن والثمن يجب في ذمة الموكل فلم لا يجوز فيما نحن فيه توكيل المسلم إليه غيره بقبول السلم على أن يطالب الوكيل بتسليم المسلم فيه بجامع معنى الدينية . فإن المسلم فيه دين في ذمة المسلم إليه كالثمن في ذمة المشتري . قلنا : بين الدينين فرق ، فإن المسلم فيه دين له حكم المبيع حتى لا يجوز الاستبدال به قبل القبض ، وليس للثمن حكم المبيع فلا يلزم من الجواز هناك الجواز هنا ، كذا في النهاية ومعراج الدراية . وقال صاحب العناية في الجواب عن السؤال المذكور : إن كلامنا فيما إذا كان المبدل في ذمة شخص وآخر يملك بدله ، وما ذكرتم ليس كذلك فإن الموكل بالشراء يملك المبدل ويلزم البدل في ذمته . وقال : فإن قيل : فاجعل المسلم فيه في ذمة الموكل والمال له كما في صورة الشراء . فالجواب هو الجواب عن السؤال الأول المذكور آنفا انتهى كلامه . أقول : : إنه عدل هاهنا عن نهج الصواب حيث قصد التصرف الزائد ولكن أفسد ، لأن ما ل جوابه الاعتراف بعدم تمام الدليل الذي ذكره المصنف ، والمصير إلى دليل آخر حاصل من الجواب عن السؤال الأول الذي حاصله أن جواز قبول السلم ثابت بالنص على خلاف القياس وبالضرورة ، فيقتصر على مورد النص ويتقدر بقدر الضرورة فلا يتعدى إلى الأمر به . والدليل الذي ذكره المصنف مما تلقته السلف والخلف بالقبول فلا وجه للاعتراف بعدم تمامه مع تحقق المخلص عن السؤال المذكور بالجواب الذي ذكره غيره . على أن الجواب عن السؤال الأول قد عرفت عدم تمامه بما أوردنا عليه فيما قبل (فإن فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد) هذا لفظ القدوري في مختصره : أي إن فارق الوكيل بعقد الصرف والسلم صاحبه الذي عقد معه قبل القبض بطل العقد (لوجود الافتراق من غير قبض) يعني أن من شرط الصرف والسلم قبض البدل في المجلس ، فإذا وجد الافتراق فيهما من غير قبض لم يوجد الشرط فبطل العقد . قال صاحب النهاية : هذا إذا كان الموكل غائبا عن مجلس العقد ، وأما إذا كان حاضرا في مجلس العقد يصير كأن الموكل صارف بنفسه فلا تعتبر مفارقة الوكيل ، كذا ذكره الإمام خواهر زاده . قال الزيلعي في التبيين : وهذا مشكل فإن الوكيل أصيل في باب البيع حضر الموكل العقد أو لم يحضر انتهى (ولا تعتبر مفارقة الموكل) أي لا تعتبر مفارقتها قبل القبض (لأنه ليس بعاقده والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه) أي قبض الوكيل بدل الصرف (وإن كان لا يتعلق به الحقوق) أي وإن كان الوكيل ممن لا يتعلق به حقوق العقد (كالأصبي والعبد المحجور عليه) لأن القبض في الصرف من تنمة العقد فيصح من يصدر عنه العقد : أقول : لو قال المصنف في أثناء التعليل والمستحق بالعقد قبض العاقد والقبض من العاقد وهو الوكيل

وإذا بطل التوكيل كان الوكيل عاقدا لنفسه فيجب الطعام في ذمته ورأس المال مملوك له ، فإذا سلمه إلى الأمر على وجه التملك منه كان قرضا عليه ، ولا فرق في ذلك بين أن يضيف العقد إلى نفسه أو إلى الأمر لإطلاق ما يدل على بطلانه ، ولا بد من قبض بدل الصرف ورأس مال السلم في المجلس ، فإن قبض العاقد وهو الوكيل بدل الصرف صح قبضه سواء كان مما يتعلق به الحقوق أو ممن لا يتعلق به كالأصبي والعبد المحجور عليه فإن قبضه صحيح وإن لم يكن لازما (فإن فارق صاحبه قبل القبض بطل العقد لوجود الافتراق من غير قبض) قال شيخ الإسلام : هذا إذا كان الموكل غائبا عن مجلس العقد ، وأما إذا كان حاضرا فيه فإن الموكل يصير كالصارف بنفسه فلا يعتبر مفارقة الوكيل . وهذا مشكل فإن الوكيل أصيل في باب البيع حضر الموكل أو

(قوله وهو مشكل ، فإن الوكيل أصيل في باب البيع الخ) أقول : وهذا الإشكال توارد على الزيلعي أيضا . ونص عبارته : قال

بخلاف الرسول لأن الرسالة في العقد لا في القبض : وينتقل كلامه إلى المرسل فصار قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح .

فيصح قبضه والقبض منه لكان أولى وأليق ، إذ لا يخفى أن المدعى هاهنا وهو قوله ولا تعتبر مفارقة الوكيل عام لباب الصرف والسلام ، كما أن قوله فيما قبله فإن فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد عام لهما . والدليل الذي ذكره هاهنا خاص بباب الصرف لأن التوكيل في باب السلم إنما يصح من جانب رب السلم لامن جانب المسلم إليه كما مر ، والوكيل من جانب رب السلم ليس بقابض البديل بل هو المقبوض منه فلم يتناول قوله والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه فكان الدليل قاصرا عن إفادة تمام المدعى ، بخلاف ما لو قال مثل ما ذكرنا فتدبر (بخلاف الرسول) متعلق بقوله فيصح قبضه . ومعناه أن الرسول إذا قبض لا يصح قبضه فلا يتم العقد به وفي بعض النسخ بخلاف الرسولين : أي الرسول في باب الصرف والرسول في باب السلم ، وليس معناه الرسول من الجانبين في الصرف والرسول من الجانبين في السلم : أي من جانب رب السلم ومن جانب المسلم إليه ، لأنه كما لا يجوز الوكالة من جانب المسلم إليه فكذلك لا يجوز الرسالة من جانبه كذا في الشروح (لأن الرسالة في العقد لا في القبض) وذلك لأن الكلام هاهنا في مخالفة الرسول في العقد للوكيل في العقد في باب الصرف والسلام ، ورسالة الرسول في العقد إنما تثبت في العقد لا في القبض ، لأن القبض خارج عن العقد فلا يدخل تحت الرسالة فيه هذا . وقال صاحب العناية في توضيح قوله لأن الرسالة في العقد لا في القبض : وإلا لكان افتراق بلا قبض ، وفصل بعض الفضلاء مراده بأن قال : فإن ذلك إنما يكون إذا عقد المرسل بنفسه ولم يقبض وفارق صاحبه ثم أرسله إذ لا معنى للإرسال قبل المفارقة انتهى . أقول : فيه بحث ، لأن هذا إنما يفيد أن لا تكون الرسالة في القبض فقط ، لا أن تكون في العقد والقبض معا ، وبدون دفع هذا الاحتمال أيضا لا يتم المطلوب هاهنا كما لا يخفى تأمل (وينتقل كلامه إلى المرسل) أي وينتقل كلام الرسول في العقد إلى المرسل (فصار قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح) أي لم يصح قبض الرسول فلم يتم العقد به . أقول : هاهنا إشكال ، وهو أن الرسالة في السلم إنما تجوز من جانب رب السلم لامن جانب المسلم إليه كوكالة فيه على ماصرحا به ، فالمراد بالرسول في باب السلم هو الرسول من جانب رب السلم فقط ، ولا شك أن وظيفة رب السلم هي العقد وتسليم رأس المال لا قبضه الذي هو من شرط عقد السلم ، وإنما القبض وظيفة المسلم إليه فلا يتم الكلام بالنظر إلى الرسول في باب السلم كما لا يخفى . ثم إن هذا الإشكال ظاهر على نسخة ، بخلاف الرسولين وهي نسخة أطبق عليها الشراح حتى أن صاحب النهاية والكفاية شرحا هذه النسخة ولم يذكر النسخة الأخرى أصلا وصاحب غاية البيان جعلها أصلا وذكر الأخرى نسخة وفسر كلهم الرسولين بالرسول في الصرف والرسول في السلم . وأما على نسخة بخلاف الرسول فكذلك إن جعل الرسول عاما للرسول في الصرف والرسول في السلم كما ذهب إليه كثير من الشراح حيث فسروا الرسول بالرسول في الصرف والرسول في السلم ، وكما أفصح عنه صاحب الكافي حيث قال : بخلاف الرسول : أي في الصرف والسلام

أو لم يحضر ، ومفارقة الموكل غير معتبرة لأنه ليس بعاقد والمستحق قبض العاقد (قوله بخلاف الرسول) متعلق بقوله فيصح قبضه ، ووقع في بعض النسخ بخلاف الرسولين : أي الرسول في باب الصرف والرسول في باب السلم ، وليس معناه الرسول من الجانبين في الصرف والرسول من الجانبين في السلم : أي من جانب رب السلم ومن جانب المسلم إليه ، لأنه كما لا يجوز الوكالة من جانب المسلم إليه فكذلك الرسول ، ومعناه أن الرسول إذا قبض لا يصح العقد بقبضه (لأن الرسالة في العقد لا في القبض) وإلا لكان افتراق بلا قبض ، وإذا كانت فيه ينتقل كلامه إلى المرسل فكان قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح .

في النهاية : هذا إذا كان الموكل غائبا عن مجلس العقد ، وأما إذا كان حاضرا في مجلس العقد يصير كأن الموكل صارف بنفسه فلا يعتبر مفارقة الوكيل وعزاء إلى خواهر زاده . وهذا مشكل فإن الوكيل أصيل في باب البيع حضر الموكل . أو لم يحضر . ثم ذكر فيه بعده بأسطر فقال : المتعبر بقائه المتعاقدين في المجلس وغيبته الموكل لا تنفذه ، وعزاء إلى وكالة المبسوط وإطلاعه ، وإطلاق سائر الكتب دليل على أن مفارقة الموكل لا تعتبر أصلا وإن كان حاضرا انتهى . وعليك بالتأمل (قوله) لأنه كما لا يجوز إلى قوله : فكذلك الرسول (أقول : لعموم الدليل لنى الرسالة أيضا كما يتفهم من قوله لإطلاق ما يدل على بطلانه فليتأمل ، والمراد من الدليل في قولنا لعموم الدليل الخ قوله ما ثبت ضرورة أو على خلاف القياس لا يتصل

(قال : وإذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله أن يرجع به على الموكل) لأنه انعقدت بينهما مبادلة حكيمية ولهذا إذا اختلفا في الثمن يتحالفان ويرد الموكل بالعيب على الوكيل وقد سلم المشتري للموكل من جهة الوكيل فيرجع عليه ولأن الحقوق لما كانت راجعة إليه وقد علمه الموكل يكون راضيا بدفعه من ماله (فإن هلك المبيع في يده قبل حبسه هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن) لأن يده كيد الموكل ، فإذا لم يحبسه يصير الموكل قابضا بيده

انتهى . وأما إذا جعل مخصوصا بالرسول في الصرف ليكون قوله بخلاف الرسول مطابقا لمثله وهو قوله فيصح قبضه ، فإن المعنى هناك فيصح قبض الوكيل بدل الصرف كما صرح به أكثر الشراح فيرفع الإشكال (قال) أى القدورى في مختصره (وإذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع) لم يكن متبرعا (فله أن يرجع به) أى بالثمن (على الموكل لأنه انعقدت بينهما) أى بين الوكيل والموكل (مبادلة حكيمية) أى بيع حكيمى فصار الوكيل كالبائع من الموكل . قال صاحب غاية البيان في تعليل هذا لأن الملك ينتقل إلى الوكيل أولا ثم ينتقل منه إلى الموكل انتهى . أقول : هذا شرح لكلام المصنف بما لا يرضيه صاحبه . لأن انتقال الملك أولا إلى الوكيل ثم إلى الموكل طريقة الكرخى : والمصنف قد اختار فيها مر طريقة أبى طاهر ، وقال : هو الصحيح احترازا عن طريقة الكرخى كما صرح به الشراح قاطبة هناك ، ومنهم هذا الشارح . وطريقة أبى طاهر ثبتت الملك ابتداء للموكل ، لكن خلافة عن الوكيل على ما مر تفصيله ، فالوجه أن يحمل مراد المصنف هنا أيضا على ذلك ، فإن الملك وإن ثبت للموكل ابتداء على طريقة أبى طاهر إلا أنه يثبت له خلافة عن الوكيل لا أصالة كما ذهب إليه الشافعى . ولا يخفى أن هذا القدر كاف في انعقاد المبادلة الحكيمية بينهما وإن لم يكن كافيا في المبادلة الحقيقية (ولهذا) أى ولانعقاد المبادلة الحكيمية بينهما (إذا اختلفا في الثمن يتحالفان) والتحالف من خواص المبادلة (ويرد الموكل بالعيب على الوكيل) أى وإذا وجد الموكل عيبا بالمشتري رده على الوكيل ، وهذا أيضا من خصائص المبادلة . لا يقال : ما ذكرتم فرع على المبادلة فكيف يكون دليلا عليها . لأننا نقول : هذا دليل على أن لا دليل على فلا ينافى الفرعية تأمل (وقد سلم المشتري للموكل) أى والحال أنه قد سلم المشتري للموكل (من جهة الوكيل فيرجع عليه) أى فيرجع الوكيل على الموكل بالثمن . والحاصل أنه لما كان الموكل كالمشتري من الوكيل وقد سلم المشتري للموكل من جهة الوكيل رجع الوكيل بالثمن على الموكل قطعا (ولأن الحقوق) دليل آخر (لما كانت إليه) أى لما كانت راجعة إلى الوكيل (وقد علمه الموكل) أى علم رجوعها إليه (فيكون) أى الموكل (راضيا بدفعه) أى بدفع الثمن (من ماله) أى من مال الموكل . وتحقيقه أن التبرع إنما يتحقق إذا كان الدفع بغير أمر الموكل ، والأمر ثابت هنا دلالة لأن الموكل لما علم أن الحقوق ترجع إلى الوكيل ومن جعلها دفع الثمن علم أنه مطالب بدفع الثمن لقبض المبيع فكان راضيا بذلك أمرا به دلالة (فإن هلك المبيع في يده) أى في يد الوكيل (قبل حبسه) أى قبل حبس الوكيل المبيع (هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن) أى لم يسقط عن الموكل ، هذا لفظ القدورى : يعنى أن هلاك المبيع في يد الوكيل قبل حبسه إياه لا يسقط الرجوع على الموكل (لأن يده) أى يد الوكيل (كيد الموكل ، فإذا لم يحبسه) أى الوكيل (يصير الموكل قابضا بيده) أى بيد الوكيل ، فالهالك في يد الوكيل

قال (وإذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله) إذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع لم يكن متبرعا فله أن يرجع به على الموكل لأنه انعقدت بينهما مبادلة حكيمية : أى صار الوكيل كالبائع من المشتري لثبوت أمارتها ، فلينهما إذا اختلفا في مقدار الثمن يتحالفان ، وإذا وجد الموكل عيبا بالمشتري يرد على الوكيل وذلك من خواص المبادلة . فلن قيل : ما ذكرتم فرع على المبادلة فكيف يكون دليلا عليه ؟ قلنا : الفرع المختص بأصل وجوده يدل على وجود أصله فلا امتناع في كونه دليلا ، وإنما الممتنع كونه علة لأصله ، وإذا كان الموكل كالمشتري من الوكيل وقد سلم له المشتري من جهته يرجع عليه (قوله ولأن الحقوق)

(قوله ولأن الحقوق) (قوله أى صار الوكيل كالبائع من المشتري) أقول : الظاهر أن يقال كالبائع من الموكل . قبل المفارقة (قوله أى صار الوكيل كالبائع من المشتري) أقول : الظاهر أن يقال كالبائع من المشتري .

(وله أن يحبس حتى يستوفى الثمن) لما بينا أنه بمنزلة البائع من الموكل . وقال زفر : ليس له ذلك لأن الموكل صار قابضا بيده فكأنه سلمه إليه فيسقط حق الحبس . قلنا : هذا لا يمكن التحرز عنه ،

كالهلاك في يد الموكل فلا يسقط الرجوع (وله) أي للوكيل (أن يحبس) أي يحبس المبيع عن الموكل (حتى يستوفى الثمن) سواء كان الوكيل دفع الثمن إلى البائع أو لم يدفع ، وكذا في الشروح نقلا عن المبسوط . قال في الذخيرة : لم يذكر محمد في شيء من الكتب أنه الوكيل إذا لم ينقد الثمن وسامحه البائع وسلم المبيع إليه هل له حق الحبس عن الموكل إلى أن يستوفى الدرهم منه . وحكى عن الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني أن له ذلك ، وأنه صحيح لأن حق الحبس للوكيل في موضع نقد الثمن لأجل بيع حكى انعقد بين الوكيل والموكل ، وهذا المعنى لا يختلف بين النقد وعدمه انتهى . وقال صاحب غاية البيان : قلت هذا كلام عجيب من صاحب الذخيرة ، وكيف خفي عليه هذا . وقد صرح محمد في الأصل في باب الوكالة في الشراء فقال : وإذا وكل الرجل رجلا أن يشتري له عبدا بألف درهم بعينه فاشتراه الوكيل وقبضه فطلب الأمر أخذ العبد من الوكيل وأبى الوكيل أن يدفعه فالوكيل أن يمنعه ذلك حتى يستوفى الثمن في قول أبي حنيفة ، وإن كان الوكيل نقد الثمن أو لم ينقد فهو سواء ، إلى هنا لفظ محمد في الأصل انتهى . قال المصنف (لما بينا أنه) أي الوكيل (بمنزلة البائع من الموكل) أشار به إلى قوله لأنه انعقدت بينهما مبادلة حككية وللبائع حق حبس المبيع عن المشتري بقبض الثمن فكذا للوكيل ، وهذا لا يفصل بين أن يكون الوكيل دفع الثمن إلى البائع أولا (وقال زفر : ليس له ذلك) أي ليس للوكيل حبس المبيع لاستيفاء الثمن (لأن الموكل صار قابضا بيده) أي بيد الوكيل : يعني أن الموكل صار قابضا بقبض الوكيل بدليل أن هلاكه في يد الوكيل كهلاكه في يد الموكل (فكأنه سلمه إليه) أي فكأن الوكيل سلم المبيع إلى الموكل (فيسقط حق الحبس) تشريحه أن يد الوكيل يد الموكل حكما ، فلو وقع في يد الموكل حقيقة لم يكن للوكيل حق الحبس ، وكذا إذا وقع في يده حكما قلنا) لنا طريقتان في الجواب عنه : مدار أحدهما تسليم أن الموكل صار قابضا بقبض الوكيل . ومدار الآخر منع ذلك . فأشار إلى الأول بقوله (هذا) أي هذا القبض (مما لا يمكن التحرز عنه) يعني سلمنا أن الموكل صار قابضا بقبض الوكيل لكن هذا القبض مما لا يمكن التحرز عنه لأن الوكيل لا يتوسل إلى الحبس مالم يقبض ، ولا يمكنه أن يقبض على وجه لا يصير الموكل قابضا ، وما لا يمكن التحرز عنه فهو عفو فلا يسقط به حق الوكيل في الحبس ، لأن سقوط

دليل آخر . وتحقيقه أن التبرع إنما يتحقق إذا كان الدفع بغير إذن الموكل ، والإذن ثابت هاهنا دلالة لأن الموكل لما علم أن الحقوق ترجع إلى الوكيل ومن جملتها الدفع علم أنه مطالب بالدفع لقبض المبيع وكان راضيا بذلك أمرا به دلالة . وهلاك المبيع في يد الوكيل قبل حبسه لا يسقط الرجوع لأن يده كيد الموكل ، فإذا لم يحبس صار الموكل قابضا بيد الوكيل ، فالهلاك في يد الوكيل كالهلاك في يد الموكل فلا يبطل الرجوع ، وللوكيل أن يحبس حتى يستوفى الثمن لما بينا أنه بمنزلة البائع من الموكل ، وللبائع حق حبس المبيع لقبض الثمن ، وعلى هذا لا فصل بين أن يكون الوكيل دفع الثمن إلى البائع أولا . وقال زفر رحمه الله : ليس له ذلك لأن الموكل صار قابضا بيد الوكيل فصاركأنه سلمه إليه . والحبس في السلم غير متصور ، وإنما في ذلك طريقتان : أحدهما أن يقال التسليم الاختياري يسقط حق الحبس لأن المبادلة تقتضي الرضا ، وهذا التسليم ليس كذلك لكونه ضروريا لا يمكن التحرز عنه لأن الوكيل لا يتوسل إلى الحبس ما لم يقبض ، ولا يمكن أن يقبض على وجه لا يصير الموكل قابضا فلا يسقط حق الحبس . والثاني أن يقال إن قبض الوكيل في ابتداء متردد بين أن يكون لتتميم مقصود الموكل وأن يكون لإحياء حقه ، وإنما يتبين أحدهما بحسبه فكان الأمر فيه موقوفا في الابتداء ، إن لم يحبس عنه عرفنا أنه كان عاملا للموكل ، وإن حبسه كان عاملا لنفسه وأن الموكل لم يصير قابضا بقبضه ، فإن حبسه فهلك كان مضمونا ضمان الرهن . عند أبي يوسف يعتبر الأقل من

(قوله وتحقيقه أن التبرع ، إلى قوله : هاهنا دلالة) أقول : الأظهر تبديل الآذن بالآمر ؛ ألا يرى إلى قوله آمرا به (قوله والحبس في السلم غير متصور) أقول : يعني غير متصور شرعا (قوله لأن المبادلة تقتضي الرضا الخ) أقول : فيه تأمل (قوله والثاني أن يقال الخ) أقول : جواب بمنع قوله لأن الموكل صار قابضا بيده كما أن الأول جواب بعد تسليمه .

فلا يكون راضيا بسقوط حقه في الحبس ، على أن قبضه موقوف فيقع للموكل إن لم يحبس ولنفسه عند حبسه (فإن حبسه فهلك كان مضمونا ضمان الرهن عند أبي يوسف وضمان المبيع عند محمد) وهو قول أبي حنيفة رحمه الله ، وضمان الغصب عند زفر رحمه الله لأنه منع بغير حق ؛ لهما أنه بمنزلة البائع منه فكان حبسه لاستيفاء الثمن فيسقط بهلاكه ،

حقه باعتبار رضاه بتسليمه ، ولا يتحقق منه الرضا فيما لا طريق له إلى التحرز عنه ، وإذا كان كذلك (فلا يكون راضيا بسقوط حقه في الحبس) وأشار إلى الطريق الثاني بقوله (على أن قبضه موقوف) يعني على أنا لانسلم أن الموكل صار قابضا بقبض الوكيل بل قبض الوكيل في الابتداء موقوف : أى متردد بين أن يكون لتتميم مقصود الموكل وأن يكون لإحياء حق نفسه ، وإنما يتبين أحدهما عن الآخر بحسبه (فيقع للموكل إن لم يحبس ولنفسه عند حبسه) يعني إن لم يحبس عن الموكل عرفنا أنه كان عاملا للموكل فيقع له ، وإن حبسه عنه عرفنا أنه كان عاملا لنفسه وأن الموكل لم يصير قابضا بقبضه (فإن حبسه) أى حبس الوكيل المبيع (فهلك) أى المبيع (كان مضمونا ضمان الرهن عند أبي يوسف) يعني يعتبر الأقل من قيمته ومن الدين ، فإذا كان الثمن خمسة عشر مثلاً وقيمة المبيع عشرة رجع الوكيل على الموكل بخمسة (وضمان المبيع عند محمد) يعني يسقط به الثمن قليلاً كان أو كثيراً ، وهذا الذى ذكره القدورى في مختصره ولم يذكر فيه قول أبي حنيفة كما لم يذكر في المختلف والحصر وغير ذلك ، ولكن قال الشيخ أبو نصر البغدادى : ذكر في الجامع قول أبي حنيفة مثل قول محمد ، فلذلك قال المصنف (وهو) أى قول محمد (قول أبي حنيفة) ولم يقل رأساً وضمان المبيع عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله على ما هو اللائق المعتاد فيما إذا اتحد قولهما (وضمان الغصب عند زفر) يعني يجب مثله أو قيمته بالغة ما بلغت . قال في العناية : فلا يرجع الوكيل على الموكل إن كان ثمنه أكثر ، ويرجع الموكل على الوكيل إذا كانت قيمته أكثر انتهى . وهو المفهوم مما ذكر في أكثر الشروح . وقال الشارح تاج الشريعة : فيرجع الوكيل على الموكل إن كان ثمنه أكثر ، ويرجع الموكل على الوكيل إن كانت قيمته أكثر انتهى . وهو المفهوم مما ذكره صدر الشريعة في شرح الوقاية ، وهو الظاهر عندى على قول زفر تأمل تقف (لأنه) أى الحبس (منع بغير حق) لما مر أن قبض الوكيل قبض الموكل ، وليس له حق الحبس فيه فصار غاصبا (لهما) أى لأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله (أنه) أى الوكيل (بمنزلة البائع منه) أى من الموكل كما تقدم (فكان حبسه لاستيفاء الثمن) إذ للبائع حق حبس المبيع لاستيفاء الثمن (فيسقط) أى الثمن (بهلاكه) أى بهلاك المبيع . واعتراض بأنه لو كان كذلك لزم الضمان حبس أو لم يحبس ، لأن المبيع مضمون على البائع وإن لم يحبس . وأجيب بأنه إذا حبس تعين أنه بالقبض كان عاملا لنفسه فتقوى جهة كونه بائعا فلزم الضمان ، وأما إذا لم يحبس فقبضه كان لموكله فأشبهه الرسول فهلك عنده أمانة كذا في العناية . أقول : لقائل أن يقول كما أنه يشبه الرسول يشبه البائع أيضا

قيمه ومن الثمن ، فإذا كان الثمن خمسة عشر مثلاً وقيمة المبيع عشرة رجع الوكيل على الموكل بخمسة ، وضمان المبيع عند محمد وهو قول أبي حنيفة يسقط الثمن به قليلاً كان أو كثيراً . وضمان الغصب عند زفر يجب مثله أو قيمته بالغة ما بلغت ، ولا يرجع الوكيل على الموكل إن كان ثمنه أكثر ، ويرجع الموكل على الوكيل إن كانت قيمته أكثر . زفر يقول : منعه حقه بغير حق لما ذكرنا أن قبضه قبض الموكل وليس له حق الحبس فيه فصار غاصبا (ولهما) أى لأبي حنيفة ومحمد (أن الوكيل بمنزلة البائع من الموكل) كما تقدم ، والبائع حبسه إنما هو لاستيفاء الثمن ، فكذا حبس الوكيل فيسقط الثمن بهلاك المبيع . واعتراض بأنه لو كان كذلك لزم الضمان حبس أو لم يحبس ، لأن المبيع مضمون على البائع وإن لم يحبس . وأجيب بأنه إذا حبس تعين أنه بالقبض كان عاملا لنفسه فتقوى جهة كونه بائعا فلزم الضمان ، وأما إذا لم يحبس فقبضه كان لموكله فأشبهه الرسول فهلك عنده أمانة

(قوله ولا يرجع الوكيل على الموكل إن كان ثمنه أكثر) أقول : مخالف للشرح الوقاية لصدر الشريعة قال فيه : وإن كان بالعكس فعند زفر يضمن عشرة فيطالب الخمسة من الموكل انتهى . أراد بقوله بالعكس أن تكون القيمة عشرة والثمن خمسة عشر (قوله وليس له حق الحبس فيه صار غاصبا) أقول : الأظهر أن يقال فصار غاصبا .

ولأبي يوسف أنه مضمون بالحبس للاستيفاء بعد أن لم يكن وهو الرهن بعينه بخلاف المبيع لأن البيع يفسخ بهلاكه وما هنا لا يفسخ أصل العقد . قلنا : يفسخ في حق الموكل والوكيل ، كما إذا رده الموكل بعيب ورضى الوكيل به . (قال : وإذا وكله بشراء أرطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم من لحم يباع منه عشرة أرطال بدرهم

لانعقاد المبادلة الحكيمة بينهما كما مر ، فإن لم تجعل جهة مشابهته بالبائع ساقطة عن حيز الاعتبار فيما إذا لم يحبس المبيع لم يظهر وجه عدم الضمان في هذه الصورة كما لا يخفى ، وإن جعلت تلك الجهة ساقطة عن حيز الاعتبار في هذه الصورة فع عدم ظهور علة الإسقاط فيها يلزم أن لا يتمشى فيها ما ذكر فيما سبق من تعليل مسئلة رجوع الوكيل بالشراء بالثمن على الموكل فيما إذا دفعه من ماله وقبض المبيع بانعقاد المبادلة الحكيمة بينهما مع أن تلك المسئلة شاملة لصورتي الحبس وعدم الحبس ، وعلتها إنعقاد المبادلة الحكيمة بينهما فتأمل (ولأبي يوسف أنه) أى المالك (مضمون بالحبس للاستيفاء بعد أن لم يكن) أى يعد أن لم يكن مضمونا لأنه لم يكن مضمونا قبل الحبس كما تقدم وصار مضمونا بعد الحبس ، وكل ما هو كذلك فهو بمعنى الرهن ، أشار إليه بقوله (وهو الرهن بعينه) يعنى هو بمعنى الرهن ، وهذا لإثبات مدعاه ، وقوله (بخلاف المبيع) لنفى قولهما : يعنى أن المشتري المحبوس هاهنا ليس كالمبيع (لأن البيع يفسخ بهلاكه) أى بهلاك المبيع (وهاهنا لا يفسخ أصل العقد) يعنى الذى بين الوكيل وبائعه . وأجاب المصنف عنه بقوله (قلنا يفسخ) أى العقد (فى حق الموكل والوكيل) وإن لم يفسخ فى حق البائع والوكيل ومثله لا يتمتع (كما إذا رده الموكل بعيب) أى إذا وجد الموكل عيبا بالمشتري فرده إلى الوكيل (ورضى الوكيل به) فإنه يلزم الوكيل وينفسخ العقد بينه وبين الموكل وإن لم يفسخ بينه وبين بائعه . قال صاحب غاية البيان : وهذه مغالطة على أبي يوسف لأنه يفرق بين هلاك المبيع قبل القبض . فى يد البائع وبين هلاكه فى يد الوكيل بعد الحبس ؛ فى الأول يفسخ البيع وفى الثانى لا ، وانفساخ البيع بين الوكيل والموكل بالردّ بالعيب لا يدل على انفساخه من الأصل إذا هلك فى يد الوكيل فخرج الجواب عن موضع النزاع انتهى . وقال صاب ، العناية بعد نقل ذلك : وأنه كما ترى فاسد ، لأنه إذا فرض أن الوكيل بائع كان الهلاك فى يده كالهلاك فى يد بائع ليس بوكيل فاستويا فى وجود الفسخ وبطل الفرق ، بل إذا تأملت وجدت ما ذكر من جانب أبي يوسف غلطا أو مغالطة ، وذلك لأن البائع عن الوكيل بمنزلة بائع البائع ، وإذا انفسخ العقد بين المشتري وبائعه لا يلزم منه الفسخ بين البائع وبائعه فكان ذكره أحدهما : يعنى غلطا أو مغالطة (قال) أى القدورى فى مختصره (وإذا وكله بشراء عشرة أرطال لحم ، بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم من لحم يباع منه عشرة أرطال بدرهم) أى إذا كانت عشرة أرطال من ذلك اللحم يساوى قيمته

(ولا يبي يوسف أنه مضمون بالحبس للاستيفاء بعد أن لم يكن) لأنه لم يكن مضمونا قبل الحبس كما تقدم ، وصار مضمونا بعد الحبس ، وكل ما هو كذلك فهو معنى الرهن لا معنى البيع ، فإن المبيع مضمون قبل الحبس بنفس العقد وهذا لإثبات مدعاه . وقوله (بخلاف المبيع) لنفي قولهما : يعنى أن المشتري ليس بالمبيع هاهنا لأن البيع يفسخ بهلاك المبيع ، وهاهنا لا يفسخ أصل البيع : يعنى الذى بين الوكيل وبائعه . وأجاب المصنف بقوله قلنا يفسخ فى حق الموكل والوكيل وإن لم يفسخ فى حق البائع ، ومثله لا يتمتع كما لو وجد الموكل عيبا بالمشتري فردّه ورضى به الوكيل فإنه يلزم الوكيل وبفسخ العقد بينه وبين الموكل . قيل : وهذا مغالطة على أبى يوسف ، لأنه يفرق بين هلاك المبيع قبل القبض فى يد البائع وبين هلاكه فى يد الوكيل بعد الحبس ؛ فى الأول يفسخ البيع ، وفى الثانى لا ، وانفساخ البيع بين الوكيل والموكل بالرد بالعيب لا يدل على انفساخه من الأهل إذا هلك فى يد الوكيل فخرج الجواب عن موضع النزاع ، وأنه كما ترى فاسد لأنه إذا فرض أن الوكيل بائع كان الهلاك فى يده كالهلاك فى يد البائع ليس بوكيل فاستويا فى وجود الفسخ وبطل الفرق ، بل إذا تأملت حق التأمل وجدت ما ذكر من جانب أبى يوسف غلطاً أو مغالطة ، وذلك لأن البائع من الوكيل بمنزلة بائع البائع ، وإذا انفسخ العقد بين المشتري وبائعه لا يلزم منه الفسخ بين البائع وبائعه فكان ذكره أحدهما . قال (وإذا وكله بشراء عشرة أرباط لحم بدرهم الخ) وكل زجلا

(قوله لنن قولهما) أقول: يعنى صريحاً (قوله يعنى أن المشتري) أقول: أى المشتري المحبوس كما يدل عليه كلام الإتيافى (قوله فرده ورضى) (قوله فى يد الوكيل بعد الحبس) أقول: وكذلك لا يفسخ إذا هلك قبل الحبس فلا يكون كالبائع مطلقاً (به) أقول: يعنى رده على الوكيل (قوله فى يد الوكيل بعد الحبس) أقول: وكذلك لا يفسخ إذا هلك قبل الحبس فلا يكون كالبائع مطلقاً (٦ - فكله فتح القدير حن - ٨)

لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عند أبي حنيفة : وقالوا : يلزمه العشرون بدرهم (وذكر في بعض النسخ قول محمد مع قول أبي حنيفة ومحمد لم يذكر الخلاف في الأصل . لأبي يوسف أنه أمره بصرف الدرهم في اللحم وظن أن سعره عشرة أرتال ، فإذا اشترى به عشرين فقد زاده خيرا وضار كما إذا وكله ببيع عبده بألف فباعه بألفين . ولأبي حنيفة أنه أمره بشراء عشرة أرتال ولم يأمره بشراء الزيادة فينفذ شراؤها عليه وشراء العشرة على الموكل ،

درهما ، وإنما قيد به لأنه إذا كانت عشرة أرتال منه لاتساوى درهما نفذ الكل على الوكيل بالإجماع ، كذا في الذخيرة وسيأتي في الكتاب (لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عند أبي حنيفة . وقالوا : يلزمه العشرون بدرهم) إلى هنا لفظ القدوري . قال المصنف (وذكر في بعض النسخ) أى في بعض نسخ مختصر القدوري (قول محمد مع قول أبي حنيفة) وقال المصنف (ومحمد لم يذكر الخلاف في الأصل) أى في المبسوط فإنه قال في آخر باب الوكالة بالبيع والشراء منه : وإذا وكله أن يشتري له عشرة أرتال لحم بدرهم لزم الأمر منها عشرة بنصف درهم والباقي للمأمور لأنه أمره بشراء قدر مسمى ، فما زاد على ذلك القدر لم يتناوله أمره فكان مشتريا لنفسه ، وفي القدر الذى يتناوله أمره قد حصل مقصوده وزاده منفعة بالشراء بأقل مما سمى له فكان مشتريا للأمر ، إلى هنا لفظ الأصل ولم يذكر الخلاف كما ترى (لأبي يوسف أنه أمره) أى أن الموكل أمر الوكيل (بصرف الدرهم في اللحم وظن أن سعره عشرة أرتال ، فإذا اشترى به عشرين فقد زاده خيرا) يعنى أن الوكيل لم يخالف للموكل فيما أمره ، وإنما جاء ظنه مخالفا للواقع فليس على الوكيل من ذلك شيء سببا إذا زاده خيرا (وصار كما إذا وكله ببيع عبده بألف فباعه بألفين) حيث جاز ذلك فكذا هذا (ولأبي حنيفة أنه أمره بشراء عشرة) أى بشراء عشرة أرتال لحم (ولم يأمره بشراء الزيادة) وظن أن ذلك المقدار يساوى درهما وقد خالفه فيما أمره به (فينفذ شراؤها) أى شراء الزيادة (عليه) أى على الوكيل لكونه غير مأمور به (وشراء العشرة على الموكل) أى وينفذ شراء العشرة على الموكل لأنه إتيان بالمأمور به .

بشراء عشرة أرتال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم ، فلما أن يكون ذلك اللحم يباع منه عشرة أرتال بدرهم أو مما يباع منه عشرون رطلا بدرهم ، فإن كان الأول لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عند أبي حنيفة : وقالوا : يلزمه العشرون . وذكر في بعض نسخ القدوري قول محمد مع أبي حنيفة ، ومحمد لم يذكر الخلاف في الأصل : أى في وكالة المبسوط في آخر باب الوكالة بالبيع والشراء منه فقال فيه : لزم الأمر عشرة منها بنصف درهم والباقي للمأمور . لأبي يوسف أن الموكل أمر الوكيل بصرف الدرهم في اللحم وظن أن سعره عشرة أرتال ، والوكيل لم يخالفه فيما أمره وإنما جاء ظنه مخالفا للواقع ، وليس على الوكيل من ذلك شيء لا سببا إذا زاد خيرا وصار كما إذا وكله ببيع عبده بألف فباعه بألفين . ولأبي حنيفة أنه أمره بشراء عشرة أرتال ولم يأمره بشراء الزيادة فظن أن ذلك المقدار يساوى درهما وقد خالفه فيما أمره به فينفذ شراؤها عليه ، وشراء العشرة على الموكل لأنه إتيان بالمأمور به . وفيه بحث من وجهين : الأول يجب أن لا يلزم الأمر شيء من ذلك لأن العشرة ثبتت ضمنا للعشرين إلا قصدا وقد وكله بشراء عشرة قصدا ، ومثل هذا لا يجوز على قول أبي حنيفة ، كما إذا قال لرجل طلق امرأتى واحدة فطلقها ثلاثا لا تقع واحدة لثبوتها في ضمن الثلاث . والمتضمن لم يثبت لعدم التوكيل به فلا يثبت ما في ضمنه أيضا تبع له . والثاني أنه إذا أمره أن يشتري له ثوبا بهرويا بعشرة فاشترى له هرويين بعشرة كل واحد منهما يساوى عشرة . قال أبو حنيفة : لا يجوز البيع في كل واحد منهما : يعنى لا يلزم الأمر منهما شيء ، والمسئلة كالمسئلة حدو القلدة بالقلدة . وأجاب عن الأول الإمام حميد الدين

(قوله ولأبي حنيفة أنه أمره بشراء عشرة أرتال الخ) أقول : يعنى لا نسلم أنه أمره بصرف الدرهم إلى اللحم ، فإن الشراء جالب للملك ، فالتوكيل يوجب عشرة أرتال لا لسبب الدرهم إلا أنه ظن أن ذلك المقدار يساوى درهما (قوله لم يثبت لعدم التوكيل الخ) أقول : لم يثبت على الموكل أو مطلقا الثاني منوع والأول لا ينفعه (قوله وأجاب عن الأول الإمام حميد الدين الخ) أقول : ويجب أيضا بأن العشرين هنا ثبتت والعشرة

فإن قيل : ينبغي أن لا يلزم الأمر عنده عشرة بنصف درهم أيضا لأن هذه العشرة تثبت ضمنا للعشرين لا قصدا وقد وكله بشراء عشرة قصدا ، ومثل هذا لا يجوز على قوله كما إذا قال لرجل طلق امرأتى واحدة فطلقها ثلاثا لا يقع عنده الواحدة لثبوتها في ضمن الثلاث ، والمتضمن لم يثبت لعدم التوكيل به فلا يثبت ما في ضمنه أيضا تبعا له . قلنا : ذلك مسلم في الطلاق لأن المتضمن لم يثبت هناك لامن الموكل لعدم التوكيل به ، ولا من الوكيل لأن المرأة امرأة الموكل لا امرأة الوكيل ، وأما هنا إذا لم يثبت الشراء من الموكل ثبت من الوكيل لأن الشراء إذا وجد نفاذا لا يتوقف بل ينفذ على الوكيل كما في سائر الصور التي خالف الوكيل بالشراء فلما ثبت المتضمن وهو العشرون ثبت ما في ضمنه وهو العشرة ، إلا أن الوكيل خالف الموكل حيث اشترى العشرة بنصف درهم فهو مخالفة إلى غير فينفذ على الموكل ، ولأن الثمن يتوزع على أجزاء المبيع فحينئذ كان الكل مقصودا فلا يتحقق الضمن في الشراء كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الإمام المحقق مولانا حميد الدين . أقول : الوجه الثاني من الجواب المذكور وهو قوله لأن الثمن يتوزع الخ واضح لا غبار عليه . وأما الوجه الأول منه فشكل لا يعقل إذ بعد الاعتراف بأن الشراء في المتضمن وهو العشرون يثبت من الوكيل دون الموكل فكيف يتم القول بأن ما في ضمنه وهو العشرة يثبت من الموكل ، ولاشك أن حكم ما في ضمن الشيء يتبع حكم ذلك الشيء دائما ، فثبوت شراء العشرين من الوكيل نفسه يستلزم ثبوت شراء العشرة التي في ضمنه منه أيضا ، فلا وجه لنفاذ شراء العشرين على الوكيل ، ونفاذ شراء العشرة التي في ضمنه على الموكل كما لا يخفى . فإن قلت : ما الفرق بين هذه المسئلة وبين ما ذكر في الذخيرة والتمه محالا إلى المنتقى ، وهو أنه إذا أمره أن يشتري له ثوبا هرويا بعشرة فاشترى له هرويين بعشرة كل واحد منهما يساوى عشرة . قال أبو حنيفة : لا يجوز البيع في واحد منهما ، وهنا أيضا حصل مقصود الأمر وزاده خيرا ، ومنع ذلك لا ينفذ ما اشتراه على الأمر في شيء منهما فكيف نفذ هاهنا شراء العشرة على الموكل . قلت : يحتمل أن الفرق إنما نشأ من حيث أن اللحم من ذوات الأمثال كما اختاره صاحب المحيط لأنه من الموزونات . والأصل في المكيلات والموزونات أن تكون من ذوات الأمثال ، وهي لا تتفاوت في القيمة إذا كانت من جنس واحد وصفة واحدة ، وكلامنا فيه لأن الكلام فيما إذا كان اللحم مما يباع عشرة أرطال منه بدرهم فحينئذ كان للوكيل أن يجعل للموكل : أى عشرة شاء ، بخلاف الثوب فإنه من ذوات القيم ، والثوبان وإن كانا متساويين في القيمة ، لكن ذلك إنما يعرف بالخزر والظن وذلك لا يعين حق الموكل فيثبت حقه مجهولا فلا ينفذ عليه ، وإلى هذا أشار في التمه فقال : لأني لا أدري أيهما أعطيه بحصته من العشرة لأن القيمة لا تعرف إلا

بأن في مسألة الطلاق وقوع الواحدة ضمنى ، وما هو كذلك لا يقع إلا في ضمن ماتضمنه ، وما تضمنه لم يصح لعدم الأمر به فكذا ما في ضمنه ، وأما فيما نحن فيه فكل قصدي لأن أجزاء الثمن تتوزع على أجزاء المبيع فلا يتحقق الضمن في الشراء . وعن الثاني صاحب النهاية يجعل اللحم من ذوات الأمثال ، ولا تفاوت في قيمتها إذا كانت من جنس واحد وصفة واحدة وكلامنا فيه ، وحينئذ كان للوكيل أن يجعل للموكل أى عشرة شاء ، بخلاف الثوب فإنه من ذوات القيم ، والثوبان وإن تساويا في القيمة لكن يعرف ذلك بالخزر والظن وذلك لا يعين حق الموكل فيثبت حقه مجهولا فلا ينفذ عليه ، وإلى هذا أشار في التمه فقال : لأني لا أدري أيهما أعطيه بحصته من العشرة لأن القيمة لا تعرف إلا بالخزر والظن ، وهذا لا يتمشى إلا على طريقة من جعل اللحم مثليا وهو مختار صاحب المحيط ، وأما عنده غيره فلا بد من تعليل آخر ، ولعل ذلك أن يقال اللحم أيضا من ذوات القيم لكن التفاوت فيه قليل إذا كان من جنس واحد مفروض التساوى في القدر والقيمة وقد اختلط ببعضه بعض ، بخلاف الثوب فإن في تطرق التحلل في احتمال التساوى كثرة مادة وصورة وطولا وعرضا ورفعة ورقعه ، وأجله كونه حاصلا

داخله فيه ، بخلاف الطلاق فإنه لا ينفذ على الوكيل لعدم الملك ، وولا على الموكل لعدم الأمر ، والموافقة شرط فيه فلي تأمل .

بخلاف ما استشهد به . لأن الزيادة هناك بدل ملك الموكل فيكون له . بخلاف ما إذا اشترى ما يساوى عشرين رطلا بدرهم حيث يصير مشتريا لنفسه بالإجماع ، لأن الأمر يتناول السمين وهذا مهزول فلم يحصل مقصود الأمر . قال (ولو وكله بشراء شيء بعينه فليس له أن يشتريه لنفسه)

بالحرز والظن ، كذا في النهاية . قال صاحب العناية بعد أن ذكر هذا الجواب ونسبه إلى صاحب النهاية : وهذا لا يتمشى إلا على طريقة من جعل اللحم مثليا ، وأما عند غيره فلا بد من تعليل آخر ، ولعل ذلك أن يقال اللحم أيضا من ذوات القيم ، لكن التفاوت فيه قليل إذا كان من جنس واحد مفروض التساوى في القدر والقيمة وقد اختلط بعضه ببعض ، بخلاف الثوب فإن في تطرق الخلل في احتمال التساوى كثرة مادة وصورة وطولا وعرضا ورفعة ورقعة ، وأجله كونه حاصلًا بصنع العباد محل السهو والنسيان فلا يلزم تحمله من تحمل ما هو أقل منه خلافاً انتهى كلامه (بخلاف ما استشهد به) جواب عن تمثيل أبي يوسف المتنازع فيه بما إذا وكله ببيع عبده بألف فباعه بألفين (لأن الزيادة هناك) أى فيما استشهد به (بدل ملك الموكل) ولا يجوز أن يستحقه الوكيل لا بإذن الموكل ولا بغير إذنه ، ولهذا لو قال بع ثوبى هذا على أن ثمنه لك لا يصح (فتكون له) أى فتكون الزيادة للموكل . قال صاحب العناية : ورد بأن الدرهم ملك الموكل فتكون الزيادة ملكه فلا فرق بينهما حينئذ . والجواب أن الزيادة ثمة مبدل منه لا بدل فكان الفرق ظاهرا . والحاصل أن ذلك قياس المبيع على الثمن وهو فاسد لوجود الفارق ، وأقل ذلك أن الألف الزائد لا يفسد بطول المكث ، بخلاف اللحم ، ويجوز صرفها إلى حاجة أخرى ناجزة وقد يتعذر ذلك في اللحم فيتلف انتهى كلامه . أقول : في كل واحد من الرد والجواب شيء فتأمل (بخلاف ما إذا اشترى ما يساوى عشرين رطلا بدرهم) متعلق بأصل المسئلة (حيث يصير) أى يصير الوكيل في هذه الصورة (مشتريا لنفسه بالإجماع) لوجود المخالفة (لأن الأمر يتناول السمين ، وهذا) أى ما اشتراه (مهزول فلم يحصل مقصود الأمر) فلم يكن ذلك له (قال) أى القدورى في مختصره (ولو وكله بشراء شيء بعينه فليس له) أى للوكيل (أن يشتريه لنفسه) أى لا يجوز ، حتى لو اشتراه لنفسه يقع الشراء للموكل سواء نوى عند العقد الشراء لنفسه أو صرح به لشراء لنفسه بأن قال اشهدوا أنى قد اشتريت لنفسى ، هذا إذا كان الموكل غائبا ، فإن كان حاضرا وصرح الوكيل بالشراء لنفسه يصير مشتريا لنفسه . كذا في الشروح نقلا عن التتمة . ووضع المسئلة . في العبد في الذخيرة ثم قال : وإنما كان كذلك لأن العبد إذا كان بعينه فشرائه داخل تحت الوكالة من كل وجه ، فتى آتى به على موافقة

بصنع العباد محل السهو والنسيان فلا يلزم تحمله من تحمل ما هو أقل خلافاً قوله بخلاف ما استشهد به) جواب عن تمثيل أبي يوسف المتنازع فيه بتوكيل بيع العبد بألف وبيعه بألفين بأن الزيادة هناك بدل ملك الموكل فتكون له . ورد بأن الدرهم ملك الموكل فتكون الزيادة بدل ملكه فلا فرق بينهما حينئذ . والجواب أن الزيادة ثمة مبدل منه لا بدل فكان الفرق ظاهرا . والحاصل أن ذلك قياس المبيع على الثمن وهو فاسد لوجود الفارق ، وأقل ذلك أن الألف الزائد لا يفسد بطول المكث بخلاف اللحم ويجوز صرفها إلى حاجة أخرى ناجزة وقد يتعذر ذلك في اللحم فيتلف . وإن كان الثاني كان المشتري للوكيل بالإجماع لوجود المخالفة ، لأن الأمر تناول السمين والمشتري هزيل فلا يحصل مقصود الأمر . قال (ولو وكله بشراء شيء بعينه الخ) ولو وكله بشراء شيء بعينه لا يصح له أن يشتريه بنفسه لأنه يؤدى إلى تغريب المسلم لأنه اعتمد عليه وذلك لا يجوز ولأن فيه عزل نفسه عن الوكالة وهو لا يملك ذلك بغية الموكل على ما قيل لأنه فسخ عقد فلا يصح بدون علم صاحبه كسائر العقود ، فإن اشتراه لنفسه والموكل غائب وقع عن الموكل

(قوله والجواب أن الزيادة ثمة مبدل منه لا بدل فكان الفرق ظاهرا) أقول : ذكر العدد يكون لمنع الزيادة والنقصان ، وذلك هو الأصل لأن العدد حاصل في مدلوله على ما عرف في الأصول ، وقد يكون لمنع النقصان وقد يكون لمنع الزيادة إذا دلت قرينة . وفي صورة الوكيل بيع العبد معلوم إن ذكر العدد لمنع النقصان فقط ، إذ لا يأتي أحد من زيادة في ماله ، وفي صورة التوكيل بشراء اللحم لا دليل يدل على اللحم على خلاف الأصل ، إذ الظاهر أن عشرة أرطال تكفى في مقصوده وماله وهو نصف درهم يبقى له فيحمل عليه فليتأمل (قوله بخلاف اللحم) أقول : مخصوص بعش اللحم ما يسرع إليه الفساد ، ولا يتم ماله كذا من المشتريات ، ثم يجوز أن يبيع بألف وقطعة لحم مثلا فإنه يكون للموكل أيضا .

لأنه يؤدي إلى تغيير الأمر حيث اعتمد عليه ولأن فيه عزل نفسه ولا يملكه على ما قيل إلا بمحض من الموكل،

الأمر وقع الشراء للموكل نوى أو لم ينو. قال المصنف في تعليل مسئلة الكتاب (لأنه) أي لأن الشراء لنفسه (يؤدي إلى تغيير الأمر حيث اعتمد عليه) وذلك لا يجوز (ولأن فيه) أي في اشترائه لنفسه (عزل نفسه) عن الوكالة ولا يملكه على ما قيل إلا بمحض من الموكل) لأنه فسخ عقد فلا يصح بدون علم صاحبه كسائر العقود كذا في العناية وغاية البيان. أقول: يرد عليه أن العلم بالعزل في باب الوكالة يحصل بأسباب متعددة: منها حضور صاحبه، ومنها بعث الكتاب ووصوله إليه، ومنها إرسال الرسول إليه وتبليغه الرسالة إياه، ومنها إخبار واحد عدل أو اثنين غير عدلين بالإجماع وإخبار واحد عدلا كان أو غيره عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، وقد صرح بها في عامة المعتررات سيما في البدائع. فاشترط علم الآخر في صحة فسخ أحد المتعاقدين العقد القائم بينهما لا يقتضي أن لا يملك الوكيل عزل نفسه إلا بمحض من الموكل، لأن انتفاء سبب واحد لا يستلزم انتفاء سائر الأسباب فلا يتم التقريب، اللهم إلا أن يحمل وضع المسئلة على انتفاء سائر أسباب العلم بالعزل أيضا، لكنه غير ظاهر من عبارات الكتب أصلا، ويحتمل أن يكون السر في إقحام المصنف قوله على ما قيل الإيماء إلى ذلك فتأمل. واعلم أن صاحب البدائع قال في بيان هذه المسئلة: الوكيل بشرأ شيء بعينه لا يملك أن يشتريه لنفسه، وإذا اشترى يقع الشراء للموكل لأن شراءه لنفسه عزل لنفسه عن الوكالة، وهو لا يملك ذلك إلا بمحض من الموكل، كما لا يملك الموكل عزله إلا بمحض منه على ما ذكره في موضعه إن شاء الله تعالى. ثم قال في موضعه وهو فصل ما يخرج به الوكيل عن الوكالة أن الوكيل يخرج من الوكالة بأشياء: منها عزل الموكل إياه ونهيه بأن الوكالة عقد غير لازم فكان محتملا للفسخ بالعزل والنهي. ولصحة العزل شرطان: أحدهما علم الوكيل بأن العزل فسخ فلا يلزم حكمه إلا بعد العلم بالفسخ، فإذا عزله وهو حاضر انعزل، وكذا لو كان غائبا فكتب إليه كتاب العزل فبلغه الكتاب وعلم ما فيه من العزل لأن الكتاب من الغائب كالخطاب، وكذلك لو أرسل إليه رسولا فبلغ الرسالة وقال: إن فلانا أرسلني إليك يقول إن عزلتك عن الوكالة فإنه ينزل كائنا من كان الرسول عدلا كان أو غير عدل حرا كان أو عبدا صغيرا كان أو كبيرا بعد أن بلغ الرسالة على الوجه الذي ذكرنا، لأن الرسول قائم مقام المرسل وسفير عنه فتصح سفارته بعد أن صحّت عبارته على أي صفة كان، وإن لم يكتب كتابا ولا أرسل إليه رسولا ولكن أخبره بالعزل رجلا عدلا كان أو غير عدلين أو رجلا واحدا عدلا ينزل في قولهم جميعا سواء صدقه الوكيل أو لم يصدقه إذا ظهر صدق الخبر، لأن خبر الواحد العدل مقبول في المعاملات، وإن لم يكن عدلا فخير العدد أو العدل أولى. وإن أخبره واحد غير عدل، فإن صدقه ينزل بالإجماع، وإن كذبه لا ينزل، وإن ظهر صدق الخبر في قول أبي حنيفة. وعندنا ينزل إذا ظهر صدق الخبر وإن كذبه إلى هنا كلامه. أقول: لا يذهب عليك أن بين كلاميه المذكورين في الموضعين تدافعا، فإن ما ذكره في فصل ما يخرج به الوكيل عن الوكالة صريح في صحة عزل الموكل الوكيل بشرط علم الوكيل سواء عزله بمحض منه أو عزله بعينه منه، ولكن علم العزل بسبب من أسباب شتى على ما فصله، وما ذكره أولا من قوله كما لا يملك الموكل عزله إلا بمحض منه يدل على حصر صحة عزل الموكل للوكيل في صورة إن عزله بمحض منه كما ترى. والعجب أنه أحال الأول على الثاني بقوله على ما ذكره في موضعه. قيل: ما الفرق بين هذه المسئلة وبين الوكيل بنكاح امرأة بعينها إذا نكحها من نفسه بمثل المهر المأمور به فإنه يقع عن الوكيل لأن الموكل مع أنه لم يخالف في المهر المأمور به. وأجيب بأن النكاح الموكل

(قال المصنف: ولأن فيه عزل نفسه ولا يملكه) أقول: وما سيجيء من أن العزل الحكمي لا يتوقف على العلم فلا تعلق له بما نحن فيه، إذ المراد هناك أن العزل الحكمي من الموكل لا يتوقف على علم الوكيل (قوله لأن المتعارف نقد البلد) أقول: والمعروف صرفا كالشروط شرطا.

فلو كان الثمن مسمى فاشترى بخلاف جنسه أو لم يكن مسمى فاشترى بغير النقود أو وكل وكيلا بشرائه فاشترى الثاني وهو غائب يثبت الملك للوكيل الأول في هذه الوجوه لأنه خالف أمر الأمر فينفذ عليه . ولو اشترى الثاني بمحضرة الوكيل الأول نفذ على الموكل الأول لأنه حضره رأيه فلم يكن مخالفا .

على الوكيل لأعلى الموكل مع أنه لم يخالف في المهر المأمور به . وأجيب بأن النكاح الموكل به نكاح مضاف إلى الموكل ، فإن الوكيل بالنكاح لابد أن يضيف النكاح إلى موكله فيقول تزوجتك لفلان ، والموجود فيما إذا نكحها من نفسه ليس بمضاف إلى الموكل ، فإن النكاح من نفسه هو أن يقول تزوجتك فكانت المخالفة موجودة فوق على الوكيل ، بخلاف التوكيل بشراء شيء بعينه فإن الموكل به هنا شراء مطلق يمثل الثمن المأمور به لا شراء مضاف إلى الموكل ، فإذا أتى بذلك يقع على الموكل (فلو كان الثمن مسمى) يعني لو وكله بالشراء بثمن مسمى (فاشترى بخلاف جنسه) أى بخلاف جنس المسمى بأن سمي دراهم مثلا فاشترى بدنانير (أو لم يكن مسمى فاشترى بغير النقود) كالتكليف والموزون (أو وكل) أى الوكيل (وكيلا بشرائه فاشترى الثاني) أى فاشترى الوكيل الثاني وهو وكيل الوكيل (وهو غائب) أى والحال أن الوكيل الأول غائب (يثبت الملك للوكيل الأول في هذه الوجوه) أى في هذه الوجوه الثلاثة التي ذكرها المصنف تفريعا على مسألة القدوري : يعني إنما لا يكون الشراء للوكيل فيما وكل بشراء شيء بعينه فاشتراه لنفسه إذا لم يوجد أحد هذه الوجوه الثلاثة : أما إذا وجد فيكون الشراء للوكيل الأول (لأنه) أى الوكيل الأول (خالف أمر الأمر) وهو الموكل . أما إذا اشترى بخلاف جنس مسمى فظاهر ، وأما إذا اشترى بغير النقود فلأن المتعارف تعد البلد فالأمر ينصرف إليه ، وأما إذا وكل وكيلا بشرائه فلأنه مأمور بأن يحضر رأيه ولم يتحقق ذلك حال غيبته (فنفذ) أى الشراء (عليه) أى على الوكيل الأول (ولو اشترى الثاني) أى الوكيل الثاني (بمحضرة الوكيل الأول نفذ) أى الشراء (على الموكل الأول لأنه حضره رأيه) أى رأى الوكيل الأول (فلم يكن مخالفا) أى لم يكن الوكيل الأول مخالفا لأمر أمره ، وذلك لأنه إذا كان حاضرا يصير كأنه هو المباشر للعقد ؛ ألا يرى أن الأب إذا زوج ابنته البالغة بشهادة رجل واحد بمحضرتها جاز فيجعل كأنها هي التي باشرت العقد وكان الأب مع ذلك الرجل شاهدين ، كذا في المبسوط . قيل : ما الفرق بين الوكيل بالبيع والشراء والنكاح والخلع والكتابة إذا وكل غيره ففعل الثاني بمحضرة الأول أو فعل ذلك أجنبي فبلغ الوكيل فأجازه يجوز ، وبين الوكيل بالطلاق والعناق ؟ فإنه لو وكل غيره فطلق أو أعتق الثاني لا يقع وإن كان بمحضرة الوكيل الأول ، والرواية في التتمة والذخيرة . وأجيب بأن العمل بحقيقة الوكالة في التوكيل بالطلاق والعناق متعذر ، لأن التوكيل تفويض الرأى إلى الوكيل ، وتفويض الرأى إلى الوكيل إنما يتحقق فيما يحتاج فيه إلى الرأى ، ولا حاجة فيهما إذا انفردا عن مال إلى الرأى فجعلنا الوكالة فيهما مجازا عن الرسالة لأنها تتضمن معنى الرسالة والرسول ينقل عبارة المرسل ، فصار المأمور فيهما مأمورا بنقل عبارة الأمر لا بشيء آخر ، وتوكيل الآخر أو الإجازة ليس من النقل في شيء فلم يملكه الوكيل . وأما في البيع والشراء وغيرهما فالعمل

به نكاح مضاف إلى الموكل والموجود منه ليس بمضاف إليه حيث أنكحها من نفسه ، فإن الإنكاح من نفسه هو أن يقول تزوجتك وليس ذلك بمضاف إلى الموكل لاحتالة فكانت المخالفة موجودة فوق عن الوكيل ، وإذا عرف ما به المخالفة فما عداه موافقة مثل أن يشتري بالمسمى من الثمن أو بالنقود فيما إذا لم يسم أو إذا اشترى الوكيل الثاني بمحضرة الوكيل فينفذ على الموكل لأنه إذا حضره رأيه لم يكن مخالفا . قيل : ما الفرق بين التوكيل بالبيع والشراء أو النكاح والخلع والكتابة إذا وكل غيره ففعل الثاني بمحضرة الأول أو فعل ذلك أجنبي فبلغ الوكيل فأجازه جاز وبين التوكيل بالطلاق والعناق ، فإن الوكيل الثاني إذا طلق أو أعتق بمحضرة الأول لا يقع ، والرواية في الذخيرة والتتمة . وأجيب بأن العمل بحقيقة الوكالة فيهما متعذر لأن التوكيل تفويض الرأى إلى الوكيل ، وتفويض الرأى إلى الوكيل إنما يتحقق فيما يحتاج فيه إلى الرأى ، ولا حاجة فيهما إذا انفردا عن مال إلى الرأى فجعلنا مجازا للرسالة لأنها تتضمن معنى الرسالة والرسول ينقل عبارة المرسل فكان المأمور مأمورا بنقل عبارة الأمر لا بشيء آخر ، وتوكيل الآخر أو الإجازة ليس من النقل في شيء فلم يملكه الوكيل . وأما في البيع والشراء وغيرهما فالعمل بحقيقة الوكالة

قال (وإن وكله بشراء عبد بغير عينه : فاشترى عبدا فهو للوكيل إلا أن يقول نويت الشراء للموكل أو يشتره بمال الموكل) قال : هذه المسئلة على وجوه : إن أضاف العقد إلى دراهم الأمر كان للأمر وهو المراد عندى بقوله أو يشتره بمال الموكل دون النقد من ماله لأن فيه تفصيلا وخلافا ، وهذا بالإجماع وهو مطلق .

بحقيقة الوكالة يمكن لأنها مما يحتاج فيه إلى الرأى ، فاعتبر المأمور وكيلا والمأمور به حضور رأيه وقد حضر بحضوره أو بإجازته . (قال) أى القدورى فى مختصره (وإن وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل إلا أن يقول نويت الشراء للموكل أو يشتره بمال الموكل) إلى هنا لفظ القدورى (قال) أى المصنف (هذه المسئلة على وجوه : إن أضاف) أى الوكيل (العقد إلى دراهم الأمر كان للأمر) . هذا هو الوجه الأول من وجوه هذه المسئلة . وقال المصنف (وهو المراد عندى بقوله أو يشتره بمال الموكل دون النقد من ماله) يعنى أن المراد بقول القدورى أو يشتره بمال الموكل هو الإضافة عند العقد إلى دراهم الموكل دون النقد من مال الموكل بغير إضافة إليه (لأن فيه) أى لأن فى النقد من مال الموكل (تفصيلا) فإنه بعد أن يشتره بدراهم مطلقا ، إن نقد من دراهم الموكل كان الشراء للموكل ، وإن نقد من دراهم الوكيل كان الشراء للوكيل (وخلافا) فإنه إذا تصادقا على أنه لم تحضره النية وقت الشراء فعلى قول محمد العقد للوكيل ، وعلى قول أبى يوسف يحكم النقد على ماسجىء (وهذا بالإجماع) أى لو أضاف العقد إلى دراهم الأمر يقع له بالإجماع (وهو مطلق) أى قوله أو يشتره بمال الموكل مطلقا لا تفصيل فيه فيجمل على الإضافة إلى مال الموكل ، كذا قال جمهور الشراح فى شرح هذا المقام . أقول : فيه نظر لأنهم حملوا التفصيل المذكور فى قول المصنف لأن فيه تفصيلا ، على أنه إن نقد من دراهم الموكل كان الشراء له ، وإن كان من دراهم الوكيل كان الشراء له ، وليس بصحيح لأن ذلك تفصيل للنقد المطلق لا للنقد من مال الموكل كما لا يخفى ، وما يصلح لترجيح كون المراد بقول القدورى أو يشتره بمال الموكل الإضافة إلى دراهم الموكل دون النقد من ماله إنما هو وقوع التفصيل فى النقد من مال الموكل لا وقوعه فى النقد المطلق ، إذ لا مساس له بكلام القدورى ، فإن المذكور فيه مال الموكل دون مطلق المال . ثم إن صاحب العناية قد سلك المسلك المذكور فى شرح هذا المقام وزاد إخلالا حيث قال بعد أن ذكر وجوه هذه المسئلة : وإذا علمت هذه الوجوه ظهر لك أن فى النقد من مال الموكل تفصيلا إذا اشترى بدراهم مطلقا ولم ينو لنفسه ، إن نقد من دراهم الموكل كان الشراء له ، وإن نقد من دراهم الوكيل كان له ، وإن نواه للموكل لاعتبر بالنقد انتهى . فإن قوله ولم ينو لنفسه قيد مفسد هاهنا ، لأنه إذا لم ينو لنفسه ، فإن نوى للموكل لا يعتبر النقد أصلا كما صرح به ، فلا يصبح التفصيل الذى ذكره بقوله إن نقد من دراهم الموكل كان الشراء له ، وإن نقد من دراهم الوكيل كان له ، وإن لم ينو للموكل أيضا كان له صدق ذلك التفصيل على قول أبى يوسف رحمه الله فقط ، إذ على قول محمد يكون العقد حينئذ للوكيل كما سيجىء ، فكان ما ذكره صاحب العناية مناسبا لشرح قول المصنف وخلافا لشرح قوله تفصيلا . وأيضا أنه بعد ما صرح أن التفصيل إنما هو فى النقد من مال الموكل حيث قال ظهر لك أن فى النقد من مال الموكل تفصيلا كيف يتبين له بيان ذلك التفسير فى النقد المطلق بأن قال إن نقد من دراهم الموكل كان الشراء له ، وإن نقد من دراهم الوكيل كان له . والحاصل أن الركائفة فى تقرير صاحب العناية أفحش . وأقول : الحق فى هذا المقام أن المصنف أراد بالتفصيل فى قوله لأن فيه تفصيلا وخلافا صورتي التكاذب والتوافق ، وبالحلاف الخلاف الواقع فى صورتي التوافق ، فالعنى أن فى النقد من مال الموكل تفصيلا ، فإنه إذا نقد من ماله فإذا تكاذبا فى النية يحكم النقد

يمكن لأنها يحتاج فيها إلى الرأى ، فاعتبر المأمور وكيلا والمأمور به حضور رأيه وقد حضر بحضوره أو بإجازته . (وإن وكله بشراء عبد بغير عينه الخ) وإذا وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل إلا أن يقول نويت الشراء للموكل أو يشتره بمال الموكل . وقوله وهذا محتمل يجوز أن يكون مراده النقد من مال الموكل ، وأن تكون الإضافة إليه عند العقد وهو المراد عند المصنف ، وذلك لأن هذه المسئلة على وجوه ؛ لأنه إما أن يضيف العقد إلى مال الموكل أو إلى مال نفسه أو إلى دراهم مطلقا ، فإن كان الأول كان للأمر حاله حال الوكيل على ما قبله شرعا ، إذ الشراء لنفسه بإضافة العقد إلى دراهم غيره مستنكر

وإن أضافه إلى دراهم نفسه كان لنفسه حملا لحاله على مايجل له شرعا أو يفعله عادة

بالإجماع ، وإن توافقا على أنه لم تحضره النية فعند محمد هو للعائد ، وعند أبي يوسف يحكم النقد أيضا ، وبخلاف فإنه إذا نقد من ماله وتوافقا على عدم النية لأحدهما ، فعند محمد هو للعائد ، وعند أبي يوسف يحكم النقد ، بخلاف الإضافة إلى دراهم الأمر فإنه لا تفصيل ولا خلاف فيها ، فكان حمل كلام القدوري عليها أولى . ثم أقول : بقى لنا بحث فيما ذهب إليه المصنف هاهنا ، وهو أن فيه إخلالا بأصل المسئلة ، فإن صورة إن أضاف العقد إلى دراهم مطلقة وتكادبا في النية لا تكون داخلة حينئذ في شيء من قسمي الاستثناء المذكور في كلام القدوري ، فيلزم أن يكون العقد في تلك الصورة للوكيل البتة بموجب ما بقى في الكلام بعد الاستثناء مع أنه يحكم النقد فيها بالإجماع ، ففيما نقد من مال الموكل يصير العقد له قطعا ، وإن صورة إن أضاف العقد إلى دراهم مطلقة وتوافقا على أنه لم تحضره النية لا تكون داخلة أيضا حينئذ في شيء من قسمي الاستثناء المذكور ، فيلزم أن يكون العقد فيها أيضا للوكيل بموجب ما بقى بعد الاستثناء مع أن فيها خلافا كما سيأتى ، فيلزم حمل كلام القدوري على ما فيه الخلاف ولم يقبله المصنف . وبالحمل على قد هرب المصنف في حل كلام القدوري هاهنا عن ورطة ووقع في ورطة أخرى مثل الأولى بل أشد منها فما الفائدة فيه ؟ ولعل صاحب الكافي تظن لذلك حيث زاد الاستثناء في وضع المسئلة فقال : ولو وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل إلا أن يقول نويت الشراء للموكل أو يشتره بمال الموكل أو ينقد من ماله ، وقال : فهذه المسئلة على وجوه : إن أضاف العقد إلى دراهم الأمر كان للأمر وهو المزداد بقوله أو يشتره من مال الموكل إلى آخره (وإن أضافه إلى دراهم نفسه) أى إن أضاف الوكيل العقد إلى دراهم نفسه (كان) أى العقد (لنفسه) هذا هو الوجه الثانى من وجوه هذه المسئلة (حملا لحاله) أى حال الوكيل (على مايجل له شرعا) تعليل لقوله إن أضاف العقد إلى دراهم الأمر كان للأمر : يعنى أنه إذا أضاف العقد إلى دراهم الأمر ينبغى أن يقع للأمر ، لأنه لو لم يقع للأمر لكان واقعا للوكيل ، فلو وقع له كان غاصبا لدراهم الأمر ، وهو لايجل شرعا . كذا قال صاحب النهاية وعليه عامة الشراح . أقول : فيه نظر ، لأن الغصب إنما يلزم لو نقد من دراهم الأمر ، وأما إذا أضاف إلى دراهم الأمر ولكن لم ينقد من دراهمه بل نقد من دراهم نفسه فلا يلزم الغصب قطعا . وجواب مسئلة الإضافة إلى دراهم الأمر متحد في الصورتين نص عليه في الذخيرة ونقل عنها في النهاية فلا يتم التقريب (أو يفعله عادة) عطف على قوله ليجل له شرعا وتعليل لقوله وإن أضافه إلى دراهم نفسه كان لنفسه : يعنى أن العادة جرت بأن الشراء إذا كان مضافا إلى دراهم معينة يقع لصاحب الدراهم فلما أضاف العقد هاهنا إلى دراهم نفسه وقع له حملا لأمره على وفق العادة في النهاية وعليه العامة . قال تاج الشريعة بعد أن جرى في شرح كلام المصنف هاهنا على الطريقة المذكورة : وهى توزيع التعليل المزبور على المسئلتين ، ويجوز أن يكون التعليلان للمسئلة الأولى ، والحكم في المسئلة الثانية يثبت بطريق الدلالة ، لأنه كما لايجل له أن يشترى لنفسه ويضيف العقد إلى دراهم غيره شرعا فكذا لايجل له أن يشترى لغيره ويضيفه إلى دراهم نفسه . وأما العادة

شرعا وعرفا لكونه غصبا لدراهم الأمر ، وإن كان الثانى كان للمأمور حملا لفعله على مايفعله الناس عادة بخريائها بوقوع الشراء لصاحب الدراهم ، ويجوز أن يكون قوله حملا لحاله على مايجل له شرعا أو يفعله عادة . دليلا على الوجه الأول ، والثانى يعلم بالدلالة ، فإنه كما لايجل له أن يشترى لنفسه ويضيف العقد إلى غيره شرعا فكذا لايجل له أن يشترى لغيره ويضيفه إلى دراهم نفسه والعادة مشتركة لاحالة ، والأول أولى لأن بالأول يصير غاصبا دون الثانى فلا امتناع فيه شرعا ، وإن كان الثالث

(قوله لكونه غصبا الخ) أقول : قوله لكونه غصبا الخ ممنوع وإنما يكون غصبا إذا نقد وليس بلام (قوله بوقوع الشراء لصاحب الدراهم) أقول : قوله لصاحب معلق بقوله بوقوع (قوله ويجوز أن يكون قوله حملا الخ) أقول : حتى لايلزم الفصل بكلام أجنبي هو قوله أوقفه بلغ بين المملول وهو قوله على مايجل له شرعا وتعليله وهو قوله إذ الشراء لنفسه الخ (قوله ويضيف النمن إلى غيره الخ) أقول : الأظهر في العبارة ويضيف إلى دراهم غيره (قوله والأول أولى لأن بالأول يصير غاصبا دون الثانى) أقول : فيكون الأول صوابا .

إذ الشراء لنفسه بإضافة العقد إلى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا . وإن أضافه إلى دراهم مطلقة ، فإن نواها للآمر فهو للآمر ، وإن نواها لنفسه فلنفسه لأن له أن يعمل لنفسه ويعمل للآمر في هذا التوكيل ، وإن تكادبا في النية يحكم النقد بالإجماع لأنه دلالة ظاهرة على ما ذكرنا ، وإن توافقا على أنه لم تحضره النية قال محمد رحمه الله : هو للعقد لأن الأصل أن كل أحد يعمل لنفسه إلا إذا ثبت جعله لغيره ولم يثبت . وعند أبي يوسف رحمه الله : يحكم النقد لأن ما أوقعه مطلقا يحتمل الوجهين

فجارية . على أنه لا يشتري لغيره ويضيفه إلى دراهم نفسه ، وكذا على العكس انتهى . وقال صاحب العناية بعد أن سلك الطريق المذكورة : ويجوز أن يكون قوله حملا لحاله على ما يحل له شرعا أو يفعله عادة دليلا على الوجه الأول ، والثاني يعلم بالدلالة ، فإنه كما لا يحل له أن يشتري لنفسه ويضيف العقد إلى دراهم غيره شرعا فكذا لا يحل له أن يشتري لغيره ويضيفه إلى دراهم نفسه والعادة مشتركة لا محالة . ثم قال : والأول أولى لأن الأول يصير غاصبا دون الثاني فلا امتناع فيه شرعا انتهى . أقول : إن قول المصنف (إذ الشراء لنفسه بإضافة العقد إلى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا) ينأى بأعلى الصوت على أن التعليل المزبور بشقيه معا للوجه الأول كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة ؛ فالأولى أن يجعل مجموع قوله حملا لحاله على ما يحل له شرعا أو يفعله عادة دليلا على الوجه الأول ، ويكتفى في العلم بالوجه الثاني بدلالة شقه الثاني : أعني قوله أو يفعله عادة على ذلك . والإنصاف أن في تحرير المصنف هنا تعقيدا واضطرابا كما ترى ، ولهذا تحير الشراح في حله الوافي وشرحه الكافي (وإن أضافه) أى العقد (إلى دراهم مطلقة) هذا هو الوجه الثالث من وجوه هذه المسئلة ، وفيه تفصيل أشار إليه بقوله (فإن نواها) أى الدراهم المطلقة (للآمر فهو) أى العقد (للآمر ، وإن نواها لنفسه فلنفسه) أى فالعقد لنفسه (لأن له أن يعمل لنفسه ويعمل للآمر في هذا التوكيل) أى في التوكيل بشراء عبد بغير عينه فكانت نيته معتبرة . أقول : لقائل أن يقول : إذا نواها لنفسه ولكن نقد من دراهم الأمر ينبغي أن يكون العقد للآمر لئلا يلزم المحذور الذي ذكره فيما إذا أضاف العقد إلى دراهم الأمر من كونه غاصبا لدراهم الأمر . فإن قلت : الغصب في صورة الإضافة إلى دراهم الأمر في ضمن نفس العقد فيبطل العقد ببطلانه ، وأما في الصورة المذكورة في النقد من دراهم الأمر وهو خارج عن نفس العقد فلا يلزم من بطلانه بطلان العقد فافترقت الصورتان . قلت : الغصب إزالة اليد المحقة بإثبات اليد المبطللة ، ولا شك أن هذا لا يتحقق في نفس الإضافة إلى دراهم الأمر بل يتحقق في النقد من دراهمه فهو لم يوجد في ضمن نفس العقد في شيء من الصورتين المذكورتين ، بل إنما وجد في النقد من دراهم الأمر وهو خارج عن نفس العقد في تينك الصورتين معا فلا يتم الفرق تدبر (وإن تكادبا) أى الوكيل والموكل (في النية) فقال الوكيل نويت لنفسى وقال الموكل نويت لى (يحكم النقد بالإجماع) فمن مال من نقد الثمن كان المبيع له (لأنه) أى النقد (دلالة ظاهرة على ما ذكرناه) من حمل حاله على ما يحل له شرعا أو يفعله عادة (وإن توافقا على أنه لم تحضره النية) ففيه اختلاف بين أبي يوسف ومحمد (قال محمد : هو) أى العقد (للعقد لأن الأصل أن كل أحد يعمل لنفسه) يعنى أنه الأصل أن يعمل كل أحد لنفسه (إلا إذا ثبت جعله) أى جعل العمل (لغيره) بالإضافة إلى ماله أو بالنية له (ولم يثبت) أى والفرض أنه لم يثبت (وعند أبي يوسف يحكم النقد لأن ما أوقعه مطلقا) أى من غير تعيين بنيته (يحتمل الوجهين) وهما أن يكون العقد للآمر وأن يكون

فأما إن نواها للآمر فهي له ، أولنفسه فلنفسه لأن له أن يعمل لنفسه ولغيره في هذا التوكيل لأنه توكيل لشيء بغير عينه وإن اختلفا فقال الوكيل نويت لنفسى وقال الموكل نويت لى حكم النقد بالإجماع فمن مال من نقد الثمن كان المبيع له لأنه دلالة

(قال المصنف : لأنه دلالة ظاهرة على ما ذكرناه) أقول : قوله على ما ذكرناه حال لاصلة للدلالة ، وأراد بقوله ما ذكرناه قوله حملا لحاله على ما يحل له شرعا أو يفعله عادة الخ (قال المصنف : وإن توافقا على أنه لم تحضره النية) أقول : هاهنا احتمالان آخران ، أحدهما أن يقول الوكيل لم تحضره النية فقال الموكل بل نويت لى ، والثاني عكس هذا (قال المصنف : قال محمد هو للعقد) أقول : لابد لمحمد من فرق بين صورتى التكاذب والتصادق وهو ظاهر فإن النية متقدمة على الأصالة ، ويؤيد كلام من ادعى النية له بنقده من دراهمه .

فبقى موقوفاً ، فن أئ المالين نقد فقد فعل ذلك المحتمل لصاحبه ولأن مع تصادقهما يحتمل النية للآمر ، وفيما قلنا حل حاله على الصلاح كما في حالة التكاذب .

لنفسه (فبقى موقوفاً ، فن أئ المالين نقد فقد فعل ذلك المحتمل لصاحبه) فتعين أحد المحتملين (ولأن مع تصادقهما) على أنه لم تحضره النية (يحتمل النية للآمر) بأن نوى له ونسيه (وفيما قلنا) أئ في تحكيم النقد (حل حاله) أئ حال الوكيل (على الصلاح) وهو أن لا يكون غاصباً على تقدير النقد من مال الأمر (كما في حالة التكاذب) بقى الكلام في هذه المسئلة وهو أن الإضافة إلى أئ نقد كان ينبغي أن لا تفيد شيئاً لأن النقود لا تتعين بالتعيين . وأجيب عن ذلك بأننا لا نقول إن الشراء بتلك الدراهم يتعين ، وإنما نقول الوكالة تنقيد بما على ما سيجىء من أن النقود تتعين في الوكالات ؛ ألا ترى أنها لو هلكت قبل الشراء بها بطلت الوكالة ، وإذا تقيدت بها لم يكن الشراء بغيرها من موجبات الوكالة ، كذا في العناية وعليه جمهور الشراح ، ومأخذهم المبسوط . أقول : في الجواب بحث وهو أن النقود لا تتعين في الوكالات قبل التسليم بالإجماع ، وكذا بعده عند عامة المشايخ ، وإنما تتعين بعده عند بعضهم على قول أبي حنيفة رحمه الله ، صرح به في عامة المعتمرات ، وسيظهر لك فيما سيجىء عن قريب . وجواب مسئلة الإضافة إلى دراهم الأمر وإلى دراهم نفسه غير مقيد بكون الإضافة بعد التسليم وغير مختص بقول أبي حنيفة بل هو مطلق ، وبالإجماع كما تقرر فيما مر فكيف يتم أن يجعل مداره ما هو المقيد والمختلف فيه ؟ وكأن الإمام الزيلعي تنبه لهذا حيث قال في شرح الكنز في تحليل مسئلة الإضافة إلى ثمن معين : لأن الثمن وإن كان لا يتعين لكن فيه شبهة التعيين من حيث سلامة المبيع به ، وقد تعين قدره ووصفه ولهذا لا يطيب له الربح إذا اشترى بالدراهم المغصوبة انتهى . لكنه لم يأت أيضاً بما يشق الغليل هاهنا كما ترى . ثم أقول : الأولى في الجواب أن يقال : ليس العلة في كون العقد لمن أضافه إلى دراهمه تعين النقود بالتعيين بل حل حاله على ما يحل له شرعاً أو يفعله عادة كما مر مبينا ومشروحا ، فلا ضمير لعدم تعين النقود بالتعيين في مسئلتنا هذه ، وقد أشار إليه صاحب الكافي حيث قال : والدراهم وإن لم تتعين لكن الظاهر أن المسلم لا يضيف شراء الشيء لنفسه إلى دراهم الغير لأنه مسنونكر

ظاهرة على ذلك لما مر من حل حاله على ما يحل له شرعاً ، وإن توافقا على أنه لم تحضره النية قال محمد : هو للعاقد لأن الأصل أن يعمل كل أحد لنفسه إلا إذا ثبت جعله لغيره بالإضافة إلى ماله أو بالنية له والقرض عدمه . وقال أبو يوسف : يحكم النقد لأن ما أوقعه مطلقاً يحتمل الوجهين ، أن يكون له ولغيره فيكون موقوفاً ، فن أئ المالين نقد تعين به أحد المحتملين ولأن مع تصادقهما يحتمل أنه كان نوى للأمر ونسيه (قوله وفيما قلنا) يعني تحكيم النقد (حل حاله على الصلاح) لأنه إذا كان النقد من مال الموكل والشراء له كان غصباً كما في حالة التكاذب . وإذا علمت هذه الوجوه ظهر لك أن في النقد من مال الموكل تفصيلاً إذا اشترى بدراهم مطلقة ولم ينو لنفسه ، إن نقد من دراهم الموكل كان الشراء له ، وإن نقد من دراهم الوكيل كان له ، وإن نواه للموكل فلا معتبر بالنقد وخلافاً فيما إذا تصادقا على أنه لم تحضره النية وقت الشراء أنه يقع للوكيل أو يحكم النقد ، وفي الإضافة إلى مال الموكل يقع له بالإجماع وهو مطلق لتفصيل فيه فكان حل كلام القدوري أو يشتره بمال الموكل على الإضافة أولى ، ولهذا قال المصنف : وهو المراد عندي . بقى الكلام في أن الإضافة إلى أئ نقد كان ؟ ينبغي أن لا تفيد شيئاً لأن النقود لا تتعين بالتعيين ؟ وأجيب عن ذلك بأننا لا نقول إن الشراء بتلك الدراهم يتعين ، وإنما نقول الوكالة تنقيد بما على ما سيجىء من أنها تتعين في الوكالات ؛ ألا ترى أنه لو هلك قبل الشراء به بطلت الوكالة ، وإذا تقيدت بها لم يكن الشراء بغيرها من موجبات الوكالة

(قوله لأنه إذا كان النقد من مال الموكل والشراء له) أقول : أي للوكيل (قوله وخلافاً فيما إذا تصادقا) أقول : معطوف على قوله تفصيلاً إذا اشترى الخ (قوله وأجيب عن ذلك بأننا لا نقول إن الشراء بذلك الدراهم يتعين) أقول : بحيث تكون هي مستحقة البتة (قوله وإنما نقول الوكالة تنقيد بما على ما سيجىء من أنها تتعين في الوكالات) أقول : ولا يلزم من تعيينها في الوكالة تعيينها في الشراء (قوله وإذا تقيدت بها لم يكن الشراء الخ) أقول : الأظهر أن يقال وإذا تقيدت بها فإذا أضاف الشراء إليها تعين أن يكون بموجب الوكالة فتدبر .

والتوكيل بالإسلام في الطعام على هذه الوجوه . قال (ومن أمر رجلا بشراء عبد بألف فقال قد فعلت ومات عندي وقال الأمر اشتريته لنفسك فالقول قول الأمر ، فإن كان دفع إليه الألف فالقول قول المأمور) لأن في الوجه الأول أخبر عما لا يملك استثنائه وهو الرجوع بالثمن على الأمر وهو ينكر والقول للمنكر .

شرعا وعرفا انتهى . قال المصنف (والتوكيل بالإسلام في الطعام على هذه الوجوه) المذكورة في التوكيل بالشراء وفاقا وخلافا ؛ وإنما خصه بالذكر مع استفادة حكمه من التوكيل بالشراء نفيا لقول بعض مشايخنا : فإنهم قالوا في مسألة الشراء إذا تصادقا أنه لم تحضره النية فالعقد للوكيل إجماعا ولا يحكم النقد . وإنما الخلاف بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله في مسألة التوكيل بالإسلام وهم فرقوا بين مسألة الشراء والسلم على قول أبي يوسف بأن للنقد أثرا في تنفيذ السلم ، فإن المفارقة بلا نقد تبطل السلم ، فإذا جهل من له العقد يستبان بالنقد ، وليس الشراء كذلك فكان العقد للعقد عملا بقضية الأصل . كذا في الشروح . وفرق أبو يوسف بين هذا وبين المأمور بالحج عن الغير إذا أطلق النية عند الإحرام فإنه يكون عاقدا لنفسه فإن الحج عبادة والعبادات لا تتأدى إلا بالنية فكان مأمورا بأن ينوي الحج عن المحجوج عنه ولم يفعل فصار مخالفا بترك ما هو للشرط . وأما في المعاملات فالنية ليست بشرط فلا يصير بترك النية عن الأمر مخالفا فيبقى حكم عقده موقوفا على النقد كذا في باب الوكالة بالسلم من بيع الميسوط (قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن أمر رجلا بشراء عبد بألف فقال) أي المأمور (قد فعلت ومات عندي وقال الأمر اشتريته لنفسك فالقول قول الأمر ، فإن كان) أي الأمر (دفع إليه) أي إلى المأمور (الألف فالقول قول المأمور لأن في الوجه الأول) وهو ما إذا لم يكن الثمن منقودا إلى المأمور (أخبر) أي المأمور (عما لا يملك استثنائه) أي استثناف سببه (وهو الرجوع بالثمن على الأمر) فإن سبب الرجوع على الأمر هو العقد وهو لا يقدر على استثنائه لأن العبد ميت إذ الكلام فيه ، والميت ليس بمحل للعقد فكان قول الوكيل فعلت ومات عندي لإرادة الرجوع على الأمر (وهو) أي الأمر (ينكر) ذلك (والقول للمنكر) فقول المصنف لا يملك استثنائه معناه لا يملك استثناف سببه على طريق المجاز بالحذف ، والضمير المرفوع

(قوله والتوكيل بالإسلام على هذه الوجوه) إنما خصه بالذكر مع استفادة حكمه من التوكيل بالشراء نفيا لقول بعض مشايخنا ، فإنهم قالوا في مسألة الشراء إذا تصادقا أنه لم تحضره النية فالعقد للوكيل إجماعا ولا يحكم النقد ، وإنما الخلاف بين أبي يوسف ومحمد في مسألة التوكيل بالإسلام ، وهذا القائل فرق بين مسألة الشراء والسلم على قول أبي يوسف بأن للنقد أثرا في تنفيذ السلم ، فإن المفارقة بلا نقد تبطل السلم ، فإذا جهل من له العقد يستبان بالنقد وليس الشراء كذلك فكان العقد للعقد عملا بقضية الأصل . قال (ومن أمر رجلا بشراء عبد بألف الخ) ومن وكل رجلا بشراء عبد بألف فقال قد فعلت وأنكره الموكل ، فلما أن يكون التوكيل بشراء عبد معين أو غيره ، والأول سيجيء ، والثاني إما أن يكون العبد ميتا عند الاختلاف أو حيا . وعلى كل من التقديرين فلما أن يكون الثمن منقودا أو غيره ، فإن كان ميتا والثمن غير منقود فالقول للأمر لأن المأمور أخبر عما لا يملك استثناف سببه وهو الرجوع بالثمن على الأمر ، فإن سبب الرجوع على الأمر هو العقد وهو لا يقدر على استثنائه ، لأن العبد ميت وهو ليس بمحل للعقد ، فكان قول الوكيل فعلت ومات عندي لإرادة الرجوع على الموكل وهو منكر فالقول قوله ، فقوله (لا يملك استثنائه) معناه استثناف سببه فهو مجاز بالحذف ، وقوله (وهو) راجع

(قوله نفيا لقول بعض مشايخنا الخ) أقول : أنت خير بأن نقول ذلك البعض إنما يحصل ببيان الخلاف في مسألة الشراء في صورة التصادق أنه لم تحضره النية ، إلا أن يقال مراده تأكيد ذلك النفي حيث جعل مسألة الشراء مشبها بها فليتأمل (قال المصنف : أخبر عما لا يملك استثنائه) أقول : قال صدر الشريعة : أخبر بأمر لا يملك استثنائه انتهى يدل عن الباء وهو الأولى (قال المصنف : وهو الرجوع بالثمن) أقول : أي الإخبار المذكور أسند إليه الرجوع إسنادا مجازيا أو راجع إلى ما يملك ، والمراد بالرجوع بالثمن سببه أي العقد أو يقدر المضاف في قوله استثنائه : أي استثناف سببه (قوله لأن المأمور أخبر عما لا يملك استثناف سببه وهو الرجوع بالثمن) أقول : الأظهر إرجاع ضمير هو إلى الإخبار المذكور في ضمن أخبر ، وجعل إسناد الرجوع إليه من قبيل الإسناد المجازي فلا يلزم حينئذ ارتكاب الحذف بلا قرينة ظاهرة ولا المجاز في جعل الرجوع مخبرا عنه هكذا قيل ، وأنت خير بأن ذلك ليس أولى منهما حتى يقال لا يلزم الخ .

وفي الوجه الثاني هو أمين يريد الخروج عن عهدة الأمانة فيقبل قوله . ولو كان العبد حيا حين اختلافنا ، إن كان الثمن منقودا فالقول للمأمور لأنه أمين ، وإن لم يكن منقودا فكذلك عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لأنه يملك استئناف الشراء فلا يتهم في الإخبار عنه . وعن أبي حنيفة رحمه الله : القول للآمر لأنه موضع تهمة بأن اشتراه لنفسه ، فإذا رأى الصفقة خاسرة ألزمها الأمر ، بخلاف ما إذا كان الثمن منقودا لأنه أمين فيه فيقبل قوله تبعا لذلك ولا ثمن في يده هاهنا ،

في قوله وهو الرجوع بالثمن راجع إلى «ما» في عما لا يملك استئنافه ، وهذا هو الوجه الأحسن في حل عبارة المصنف هنا ، وإليه ذهب صاحب العناية . وقيل : إنما قال وهو الرجوع ولم يقل وهو العقد لأن مقصود الوكيل من ذكر العقد الرجوع بالثمن على الأمر لا العقد لأجل الأمر ، فترك الواسطة وهي العقد وصرح بالمقصود وهو الرجوع فكان ذكرا للمسبب وإرادة للسبب ، وجاز هذا لأن الرجوع بالثمن على الأمر يختص بالشراء لأجل الأمر ، وإلى هذا التوجيه ذهب أكثر الشراح . قال في الكفاية بعد ذكر هذا : وفي بعض النسخ لا يملك استئنافه ، وهو بهذا يريد الرجوع بالثمن على الأمر ، وهذا ظاهر انتهى (وفي الوجه الثاني) وهو ما إذا كان الثمن منقودا إلى المأمور (هو) أي المأمور (أمين يريد الخروج عن عهدة الأمانة فيقبل قوله) قال صدر الشريعة في شرح الوقاية : علل في الهداية فيما إذا لم يدفع الأمر الثمن بأن الوكيل أخبر بأمر لا يملك استئنافه ، وفيما إذا دفع بأن الوكيل أمين يريد الخروج عن عهدة الأمانة . أقول : كل واحد من التعليلين شامل للصورتين فلم يتم به الفرق ، بل لا بد من انضمام أمر آخر ، وهو أن فيما إذا لم يدفع الثمن يدعى الثمن على الأمر وهو ينكره فالقول للمنكر ، وفيما إذا دفع الثمن يدعى الأمر الثمن على المأمور فالقول للمنكر ، إلى هنا كلامه . أقول : ليس الأمر كما زعمه ، بل كل واحد من التعليلين مخصوص بصورته . أما الأول فلأن كون المصنف فيه وهو الرجوع بالثمن على الأمر وهو ينكر ، والقول للمنكر لا يشمل الصورة الثانية إذ الثمن فيها مقبوض للوكيل فلا يريد الرجوع به على الأمر قطعا ، وقد لبس هذا القائل في تعليقه حيث ذكر أول التعليل الأول وترك آخره الفارق بين الصورتين . والعجب أنه ضم إلى ما ذكره ما هو في معنى ما تركه . وأما الثاني فلأن الثمن ليس بمقبوض الوكيل في الصورة الأولى فلا يصح أن يقال فيها إنه أمين يريد الخروج عن عهدة الأمانة فيقبل قوله كما لا يخفى (ولو كان العبد حيا حين اختلافنا) فقال المأمور اشتريته لك ، وقال الأمر بل اشتريته لنفسك (إن كان الثمن منقودا فالقول للمأمور لأنه أمين) يريد الخروج عن عهدة الأمانة فيقبل قوله كما مر (وإن لم يكن) أي الثمن (منقودا فكذلك) أي فالقول للمأمور أيضا (عند أبي يوسف ومحمد لأنه يملك استئناف الشراء) للآمر إذ العبد حي والحي محل للشراء فيملك أن يشتريه في الحال لأجل الأمر (فلا يتهم في الإخبار عنه) أي عن الشراء لأجل الأمر . فإن قيل : إن وقع الشراء أولا للوكيل كيف يقع بعد ذلك للموكل حتى يملك استئنافه ؟ أجيب بأن تملك استئناف الشراء دائر مع التصور فيمكن أن يتفاسخ الوكيل بالشراء مع بائعه ثم يشتريه لأجل الموكل . كذا في الشروح (وعند أبي حنيفة القول قول الأمر ، لأنه) أي لأن الإخبار عن الشراء لأجل الأمر (موضع تهمة بأن اشتراه لنفسه) أي بأن اشترى الوكيل العبد لنفسه (فإذا رأى الصفقة خاسرة ألزمها الأمر) أي أراد أن يلزمها الأمر (بخلاف ما إذا كان الثمن منقودا ، لأنه) أي الوكيل (أمين فيه) أي في هذا الثمن أو في هذا الوجه (فيقبل قوله تبعا لذلك) أي للخروج عن عهدة الأمانة ، وكمن شيء ثبت تبعا ولا يثبت قصدا (ولا ثمن في يده هاهنا) أي لا ثمن في يد الوكيل فيما إذا كان العبد حيا

إلى «ما» في عما ، وإن كان الثمن منقودا فالقول للمأمور لأنه أمين يريد الخروج عن عهدة الأمانة فيقبل قوله ، وإن كان حيا حين اختلافنا ، فإن كان الثمن منقودا فالقول للمأمور لأنه أمين ، وإن لم يكن منقودا فكذلك عند أبي يوسف ومحمد لأنه يملك استئناف الشراء لكون المحل قابلا فلا يتهم في الإخبار عنه . فإن قيل : إن وقع الشراء للوكيل كيف يقع بعد ذلك للموكل ؟ أجيب بأن تملك استئناف الشراء دائر مع التصور . ويمكن أن يفسخ الوكيل العقد مع بائعه ثم يشتريه للموكل . وعند أبي حنيفة القول للآمر لأنه موضع تهمة بأن اشتراه لنفسه ، فإذا رأى الصفقة خاسرة أراد أن يلزمها الأمر ، بخلاف ما إذا كان الثمن منقودا لأنه أمين فيه فيقبل قوله تبعا لذلك : أي للخروج من عهدة الأمانة (ولا ثمن في يده هاهنا) يعني فيما نحن فيه حتى يكون

وإن كان أمره بشراء عبد بعينه ثم اختلفا والعبد حتى فالقول للمأمور سواء كان الثمن منقودا أو غير منقود ، وهذا بالإجماع لأنه أخبر عما يملك استثنافه ، ولا تهمة فيه لأن الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبته على مامر ، بخلاف غير المعين على ما ذكرناه لأبي حنيفة رحمه الله .

والثمن غير منقود حتى يكون أمينا فيقبل قوله تبعا للخروج عن عهدة الأمانة فافترقا (وإن كان أمره بشراء عبد بعينه) يعني إن كان التوكيل بشراء عبد بعينه (ثم اختلفا والعبد حتى) أى والحال أن العبد حتى (فالقول للمأمور سواء كان الثمن منقودا أو غير منقود ، وهذا بالإجماع) أى هذا الوجه من وجوه هذه المسئلة بالإجماع بين أئمتنا الثلاثة (لأنه) أى المأمور (أخبر عما يملك استثنافه في الحال ولا تهمة فيه) أى في إخباره عن ذلك (لأن الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبته) أى في حال غيبة الموكل ؛ قيد به ، إذ في حال حضرة الموكل يملك شراءه لنفسه لأنه يملك عزل نفسه حال حضرته (على ما مر) أشار به إلى قوله ولأن فيه عزل نفسه ولا يملكه على ما قيل إلا بمحض من الموكل (بخلاف غير المعين) أى بخلاف ما إذا كان التوكيل بشراء عبد بغير عينه فاختلفا (على ما ذكرناه لأبي حنيفة) يعني ما ذكره فيما مر أنفا من جانب أبي حنيفة وهو قوله لأنه موضع تهمة بأن اشتراه لنفسه ، فإذا رأى الصفقة خاسرة ألزمها الأمر . أقول : لقائل أن يقول : التهمة متحققة في صورة المعين أيضا بأن اشتراه لنفسه لكن لا على وجه الموافقة للأمر بل على وجه المخالفة له ، كأن اشتراه بخلاف جنس الثمن المسمى أو بغير النقود أو وكل وكيلًا بشرائه فاشتراه الثاني بغية الأول ، ثم لما رأى الصفقة خاسرة قال للأمر اشترته لك بمثل الثمن المسمى والوكيل بشراء شيء بعينه فإنه لا يملك شراءه لنفسه على وجه الموافقة للأمر . وأما على وجه المخالفة له بأحد الوجوه الثلاثة المذكورة فيملكه قطعا على ما مر في محله ، فما الدافع لهذه التهمة على قول أبي حنيفة ؟ ثم أقول في الجواب عنه : إن

الوكيل أمينا فيقبل قوله تبعا للخروج عن عهدة الأمانة (وإن كان التوكيل بشراء عبد بعينه ثم اختلفا والعبد حتى فالقول للمأمور سواء كان الثمن منقودا أو لا بالإجماع لأنه أخبر عما يملك استثنافه) ويريد بذلك الرجوع على الأمر وهو منكر فالقول قوله . أما عندهما فلا لأنه يملك استثنافه ، وأما عند أبي حنيفة فلا لأنه لا تهمة فيه لأن الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبة الموكل على مامر أن شراء ما وكل به بمثل ذلك الثمن عزل لنفسه وهو لا يملكه حال غيبته ، بخلاف حضوره فإنه لو فعل ذلك جاز ووقع المشتري له ، بخلاف ما إذا كان العبد غير معين فإن فيه التهمة المذكورة من جانب أبي حنيفة ، وإن كان العبد هالكا والثمن منقودا فالقول للمأمور لأنه أمين يريد الخروج عن عهدة الأمانة ، وإن كان غير منقود فالقول للأمر .

(قوله وإن كان التوكيل بشراء عبد الخ) أقول : هذا هو الموعود بقوله والأول سيجيء (قوله وأما عند أبي حنيفة فلا لأنه لا تهمة فيه الخ) أقول : أشار بتوزيع التوكيل إلى دفع ما يعترض به هنا من أن الأصل في الدلالة الإطراد ، وهذا لا يطرد على أصل أبي حنيفة فإن الأب إذا أقر على الصغير أو الصغيرة بالنكاح لم يصح إلا ببينة عند أبي حنيفة ، وكذا وكيل الزوج أو الزوجة وولى العبد إذا أقر بالنكاح لم يصح الإقرار إلا ببينة عند أبي حنيفة خلافا لصاحبيه ، مع أن المقر يملك استئناف العقد . قال الإتياني في جوابه : لانسلم أنه يملك استئناف العقد مطلقا بل يملكه مقيدا بحضرة الشهود ولم يكن شهود النكاح حضورا وقت الإقرار فلم يملك الإقرار لأنه لم يملك الإنشاء بلا شهود انتهى . وفي قوله لانسلم أنه يملك استئناف العقد مطلقا بل يملكه مقيدا بحث ، فإن تملك الاستئناف دائر مع التصور كما ذكرنا . ثم قال الإتياني : وقول بعض الشارحين إن قوله يملك استثنافه وقع على قولهما وقوله لا تهمة فيه وقع على قول أبي حنيفة بعيد عن التحقيق لأن المجموع دليل لأبي حنيفة رحمه الله تعالى لا قوله ولا تهمة فيه وحده انتهى . وأقول : إن لم يوجد في مواد النقص تهمة فالتقص متوجه أيضا ، وإن وجدت فلا حاجة لدفع السؤال إلى التوزيع (قوله لأن التوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبة الموكل) أقول : لم لا يجوز أن يشتري الوكيل بالتوكيل بمثل ذلك الثمن وهو مخالفة أيضا كما سبق (قوله وإن كان غير منقود فالقول للأمر) أقول : فيه بحث ، فإنه إذا تصادقا على الشراء أو أثبتته الوكيل ينبغي أن يلزم الأمر لما ذكره أبو حنيفة من الدليل فيما إذا كان حيا فليتأمل ، فإن الظاهر أن مراد الأمر من قوله اشتريته لنفسك أنك خالفته ، إلا أن الظاهر من حال المسلم أن يفي وعده ولا يغيره ، والقول قول من يتمسك بالظاهر ، والقول بأن الظاهر لا يثبت الاستحقاق مشترك الإلزام .

(ومن قال لآخر بعني هذا العبد لفلان فباعه ثم أنكر أن يكون فلان أمره ثم جاء فلان وقال أنا أمرته بذلك فإن فلانا يأخذه) لأن قوله السابق إقرار منه بالوكالة عنه فلا ينفعه الإنكار اللاحق .

احتمال أن اشتراه لنفسه شبهة ، وبعد ذلك احتمال أن اشتراه لنفسه على وجه المخالفة لاعلى وجه الموافقة شبهة شبهة ، وقد تقرر عنده أن الشبهة تعتبر وشبهة الشبهة لا تعتبر ، والتهمة في صورة غير المعين نفس الشبهة وفي صورة المعين شبهة الشبهة ، فاعتبرت في الأولى ولم تعتبر في الثانية . قال صاحب النهاية والكفاية : فإن قيل الولي إذا أقر بتزويج الصغيرة لا يقبل عند أبي حنيفة رحمه الله مع أنه يملك استئناف النكاح في الحال . قلنا : قوله يملك استئنافه وقع على قولهما ، وقوله ولا تهمة فيه وقع على قول أبي حنيفة فكان في هذه المسئلة اتفاق الجواب مع اختلاف التخيير ، فلما لم يكن قوله يملك استئنافه على قول أبي حنيفة لم يرد الإشكال على قوله . أو نقول : لو كان في تزويج الصغيرة إخبار عند حضور شاهدين يقبل قوله عنده أيضا ، فكان ذلك إنشاء للنكاح ابتداء فلا يرد الإشكال لما أنه إنما لا يقبل هناك إقرار بتزويج الصغيرة عند عدم الشاهدين لأنه لا يتصور إنشاءه شرعا لعدم الشهود فكان لا يملك استئنافه فاطرد الجواب عنده في المسئلتين انتهى كلامهما . وقال صاحب غاية البيان : فإن قلت : الأصل في الدلائل الاطراد ، وهذا لا يطرد على أصل أبي حنيفة لأن الأب إذا أقر على الصغير والصغيرة بالنكاح لم يصح الإقرار إلا بيينة ، وكذا وكيل الزوج والزوجة ومولى العبد إذا أقر بالنكاح لا يصح إلا بيينة عند أبي حنيفة خلافا لصاحبيه مع أن المقر يملك استئناف العقد ؟ قلت : لا نسلم أنه يملك استئناف العقد مطلقا بل يملك مقيدا بحال حضرة الشهود ولم يكن شهود النكاح حضورا وقت الإقرار فلم يكن الإنشاء بلا شهود ، وهذا هو الجواب الثاني . وقول بعض الشارحين : إن قوله يملك استئنافه وقع على قولهما ، وقوله ولا تهمة فيه وقع على قول أبي حنيفة بعيد عن التحقيق لأن المجموع دليل أبي حنيفة لا قوله ولا تهمة فيه وحده انتهى كلامه . ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال : وفي قوله لا نسلم أنه يملك استئناف العقد مطلقا بل يملكه مقيدا بحث ، فإن تملك الاستئناف دائر مع التصور كما ذكروا انتهى . أقول : هذا ساقط جدا لأن مرادهم بالدوران مع التصور الإمكان الشرعي ، وما لم يحضر الشهود لم يمكن إنشاء النكاح شرعا . وقد أفصح عنه صاحب النهاية والكفاية حيث قال : لأنه لا يتصور إنشاء شرعا لعدم الشهود . وأفصح عنه صاحب الغاية أيضا حيث قال : ولم يكن شهود النكاح حضورا وقت الإقرار فلم يكن الإنشاء بلا شهود ، فكان تملك الاستئناف دائرا مع التصور لا يقدح أصلا في قول صاحب الغاية . لا نسلم أنه يملك استئناف العقد مطلقا بل يملكه مقيدا بحال حضرة الشهود . ثم اعلم أن هذه المسئلة على ثمانية أوجه كما صرح به في الكافي وغيره ، لأنه إما أن يكون التوكيل بشراء عبد بعينه أو بغير عينه ، وكل ذلك على وجهين : إما أن يكون الثمن منقودا أو غير منقود . وكل ذلك على وجهين : إما أن يكون العبد حيا حين اختلافهما أو هالكا . وقد ذكر ستة أوجه منها في الكتاب مدخلا ومفصلا كما عرفت فبقى منها وجهان ، وهما أن يكون التوكيل بشراء عبد بعينه ، ويكون العبد هالكا والثمن منقودا أو غير منقود ، وقد ذكرهما مع دليلهما صاحب العناية حيث قال في تقسيم التوكيل بشراء عبد بعينه : وإن كان العبد هالكا والثمن منقودا فالقول للمأمور لأنه أمين يريد الخروج عن عهدة الأمانة ، وإن كان غير منقود فالقول للآمر لأنه أخبر عما لا يملك استئنافه ويريد بذلك الرجوع على الأمر وهو منكر فالقول له انتهى . أقول : دليل الوجه الأخير منها محل إشكال ، فإن الأمر وإن كان منكرا لا يشترى المأمور للأمر لكنه معترف باشتراؤه لنفسه حيث قال للمأمور بل اشتريته لنفسك . وقد تقرر أن الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن بل يقع الشراء للموكل البتة فينبغي أن لا يكون لإنكار الأمر شراء المأمور حكم في هذا الوجه أيضا فتأمل (ومن قال لآخر بعني هذا العبد لفلان) أي لأجل فلان (فباعه ثم أنكر) أي المشتري (أن يكون فلان أمره ثم جاء فلان وقال أنا أمرته بذلك فإن فلانا يأخذه) يعني أن لفلان ولاية أخذه من المشتري ، وهذه المسئلة من مسائل الجاهل الصغير . قال المصنف في تعليلها (لأن قوله السابق) أي قول المشتري السابق وهو قوله لفلان (إقرار منه بالوكالة عنه فلا ينفعه الإنكار اللاحق) لأن

قال (ومن قال لآخر بعني هذا العبد لفلان الخ) رجل قال لآخر بعني هذا العبد لفلان :. يعني لأجله فباعه منه ، فلما طلبه منه

(فإن قال فلان لم أمره لم يكن له) لأن الإقرار يرتدّ برده (إلا أن يسلمه المشتري له فيكون بيعا عنه وعليه العهدة) لأنه صار مشتريا بالتعاطي ، كمن اشترى لغيره بغير أمره حتى لزمه ثم سلمه المشتري له ، ودلت المسئلة على أن التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي وإن لم يوجد نقد الثمن ، وهو يتحقق في النفيس والخسيس لاستتمام التراضي وهو المعتبر في الباب .

الإقرار بالشئ لا يبطل بالإنكار اللاحق . فإن قيل : قوله لفلان ليس بنص في الوكالة بل يحتمل أن يكون معناه لشفاعة فلان كما قال محمد في كتاب الشفعة : لو أن أجنبيا طلب من الشفيع تسليم الشفعة فقال الشفيع سلمتها لك بطلت الشفعة استحسانا كأنه قال سلمت هذه الشفعة لأجلك . قلنا : اللام للتمليك والاحتمال المذكور خلاف الظاهر لا يصر إلى بلا قرينة ، وسؤال التسليم من الأجنبي قرينة في مسئلة الشفعة ، ولهذا لو قال الشفيع ذلك بغير سبق سؤال التسليم لا يصح التسليم وليست القرينة بموجودة فيما نحن فيه . كذا في الفوائد الظهيرية وذكر في الشروح (فإن قال فلان لم أمره بذلك) ثم بدا له أن يأخذه (لم يكن له) أي لم يكن له على العبد سبيل (لأن الإقرار) أي إقرار المشتري (ارتدّ برده) أي برده فلان ، فإذا عاد إلى تصديقه بعد ذلك لم ينفعه لأنه عاد حين انقضى الإقرار فلم يصح تصديقه (إلا أن يسلمه المشتري له) روى لفظ المشتري بروايتين بكسر الراء وفتحها فعلى الكسر يكون المشتري فاعلا ، وقوله له : أي لأجله ويكون المفعول الثاني محذوفا وهو إليه ، فالمعنى : إلا أن يسلم الفضولي العبد الذي اشتراه لأجل فلان إليه . وعلى الفتح يكون المشتري له مفعولا ثانيا بدون حرف الجر وهو فلان ، ويكون الفاعل مضمرا يعود إلى المشتري ، فالمعنى : إلا أن يسلم الفضولي العبد إلى المشتري له وهو فلان . ثم إن هذا الاستثناء من قوله لم يكن له : أي لم يكن لفلان إلا في صورة التسليم إليه ، وإنما ذكر صورة التسليم إليه لأن فلانا لو قال أجزت بعد قوله لم أمره به لم يعتبر ذلك ، بل يكون العبد للمشتري لأن الإجازة تلحق الموقف دون الجائر ، وهذا عقد جائز نافذ على المشتري . كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي في شرح الجامع الصغير (فيكون بيعا عنه) أي فيكون تسليم العبد بيعا مبتدأ (وعليه العهدة) أي وعلى فلان عهدة الأخذ بتسليم الثمن ، كذا فسر شيخ الإسلام البزدوى وفخر الدين قاضيه خان ، ويدل عليه قوله (لأنه صار مشتريا بالتعاطي) كما لا يخفى (كمن اشترى لغيره) أي كالفضولي الذي اشترى لغيره (بغير أمره حتى لزمه) أي لزم العقد المشتري (ثم سلمه المشتري له) حيث كان بيعا بالتعاطي . قال فخر الإسلام وغيره في شروح الجامع الصغير : وثبت بهذا أن بيع التعاطي كما يكون بأخذ وإعطاء فقد يتعقد بالتسليم على جهة البيع والتمليك ، وإن كان أخذا بلا إعطاء لعادة الناس وثبت به أن النفيس من الأموال والخسيس في بيع التعاطي سواء . وأشار المصنف إلى ما قاله هؤلاء الشراح بقوله (ودلت المسئلة) أي دلت هذه المسئلة (على أن التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي وإن لم يوجد نقد الثمن وهو) أي البيع بالتعاطي (يتحقق في النفيس والخسيس) أي نفيس الأموال وخسيسها (لاستتمام التراضي) أي لاستتمام التراضي في كل واحد منهما (وهو المعتبر في الباب) أي التراضي

فلان أبي أن يكون فلان أمره بذلك فإن فلان ولاية أخذه ، لأن قوله السابق : يعني قوله لفلان إقرار منه بالوكالة عنه ، والإقرار بالشئ لا يبطل بالإنكار اللاحق فلا ينفعه الإنكار اللاحق . فإن قيل : قوله لفلان ليس بنص في الوكالة بل يحتمل أن يكون للشفاعة كالأجنبي طلب تسليم الشفعة من الشفيع فقال الشفيع سلمتها لك : أي لأجل شفاعتك . قلنا : خلاف الظاهر لا يصر إلى بلا قرينة ، وسؤال التسليم من الأجنبي قرينة في الشفعة وليس القرينة بموجودة فيما نحن فيه (وإن قال فلان لم أمره أنا ثم بدا له أن يأخذه لم يكن له أن يأخذه لأن الإقرار ارتدّ بالرد إلا أن يسلمه المشتري له) أي إلا أن يسلمه المشتري له العبد المشتري لأجله إليه ، ويجوز أن يكون معناه إلا أن يسلم فلانا العبد المشتري لأجله ، وفاعل يسلم ضمير يعود إلى المشتري بناء على الروايتين بكسر الراء وفتحها (فيكون بيعا وعليه العهدة) أي على فلان عهدة الأخذ بتسليم الثمن لأنه صار مشتريا بالتعاطي

(قوله إلا أن يسلم المشتري له) أقول : قوله له متعلق بالمشتري أي المشتري لأجل فلان (قوله ويجوز أن يكون معناه إلا أن يسلم فلانا "عبد المشتري لأجله") أقول : الضمير في قوله لأجله راجع إلى قوله فلانا (قوله بناء على الروايتين بكسر الراء وفتحها) أقول : قال الإقناني

قال (ومن أمر رجلا أن يشتري له عبيدين بأعيانهما ولم يسم له ثمننا فاشترى له أحدهما جاز) لأن التوكيل مطلق، وقد لا يتفق الجمع بينهما في البيع (إلا فيما لا يتغابن الناس فيه) لأنه توكيل بالشراء، وهذا كله بالإجماع (ولو أمره بأن يشتريهما بألف وقيمتها سواء؛ فعند أبي حنيفة رحمه الله إن اشترى أحدهما بخمسمائة أو أقل جاز، وإن اشترى بأكثر لم يلزم الأمر) لأنه قابل الألف بهما وقيمتها سواء فيقسم بينهما نصفين دلالة.

هو المعتبر في باب البيع لقوله تعالى - إلا أن تكون تجارة عن تراض - فلما وجد التراضي في النفيس والحسيس انعقد البيع بالتعاطي فيهما خلافا لما يقوله الكرخي إن البيع بالتعاطي لا ينعقد إلا في الأشياء الحسيسة، وقد مر ذلك في أول كتاب البيوع (قال) أي محمد رحمه الله في الجامع الصغير (ومن أمر رجلا أن يشتري له عبيدين بأعيانهما ولم يسم له ثمننا فاشترى له أحدهما جاز لأن التوكيل مطلق) يعني أن التوكيل مطلق عن قيد شرائيهما متفرقين أو مجتمعين فيجوز على إطلاقه (وقد لا يتفق الجمع بينهما) أي بين العبيدين (في البيع) فوجب أن ينفذ على الموكل (إلا فيما لا يتغابن الناس فيه) استثناء من قوله جاز: أي جاز اشتراء أحدهما إلا فيما لا يتغابن الناس فيه فإنه لا يجوز فيه (لأنه) أي لأن التوكيل المذكور (توكيل بالشراء) وهو لا يتحمل الغبن الفاحش بالإجماع، بخلاف التوكيل بالبيع فإن أبا حنيفة يجوز البيع من الوكيل بالغبن الفاحش (وهذا كله بالإجماع) أي ما ذكر في هذه المسئلة كلها بالإجماع، وهو احتراز عما ذكرناه من التوكيل بالبيع وعن التوكيل بشراء العبيدين بأعيانهما، وقد سمي له ثمنهما وهي المسئلة الثانية (ولو أمره بأن يشتريهما بألف) أي لو أمر رجلا بأن يشتري العبيدين بأعيانهما، وقد سمي له أن قيمتهما سواء (فعند أبي حنيفة إن اشترى أحدهما بخمسمائة أو أقل جاز) أي جاز الشراء ويقع عن الموكل (وإن اشترى بأكثر) قلت الزيادة أو كثرت (لم يلزم الأمر) بل يقع عن الوكيل (لأنه) أي الأمر (قابل الألف بهما) أي بالعبيدين (وقيمتها سواء فيقسم) أي الألف (بينهما نصفين دلالة) أي من حيث الدلالة ويعمل بها عند عدم التصريح

كالفضولي إذا اشترى لشخص ثم سلمه المشتري لأجله. ودلت المسئلة على أن التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي وإن لم يوجد نقد الثمن وهو يتحقق في النفيس والحسيس لوجود التراضي الذي هو ركن في باب البيع. قال (ومن أمر رجلا أن يشتري له عبيدين بأعيانها الخ) ومن أمر رجلا أن يشتري له عبيدين بأعيانها (ولم يسم ثمننا فاشترى أحدهما جاز لأن التوكيل مطلق) عن قيد شرائيهما متفرقين أو مجتمعين (فقد لا يتفق الجمع بينهما في البيع) أي الشراء (إلا فيما لا يتغابن) استثناء من قوله جاز: أي جاز شراء أحدهما إلا فيما لا يتغابن الناس فيه، فإنه لا يجوز لأنه توكيل بالشراء وهو لا يتحمل الغبن الفاحش بالإجماع، بخلاف التوكيل بالبيع فإن أبا حنيفة يجوز البيع بغبن فاحش. ولو أمره أن يشتريهما بألف وقيمتها سواء. فعند أبي حنيفة إن اشترى أحدهما بخمسمائة أو بأقل جاز، وإن اشترى بأكثر لم يلزم الأمر لأنه قابل الألف بهما وقيمتها سواء، وكل ما كان كذلك يقسم بينهما نصفين لوقوع الأمر بذلك دلالة فكان أمرا بشراء كل واحد بخمسمائة، ثم الشراء بذلك موافقة بأقل منهما مخالفة إلى خير، وبالزيادة مخالفة إلى شر قليلة كانت أو كثيرة، فلا يجوز إلا أن يشتري الباقي ببقية الألف قبل أن يختصما استحصانا والقياس أن لا يلزم الأمر إذا اشترى أحدهما بأزيد من خمسمائة، وإن قلت الزيادة واشترى الباقي بما بقي من الألف قبل الاختصاص

والكاكي في شرحهما: والمشتري بكسر الراء وهو الظاهر من كلام محمد وإن كان للفتح وجه على معنى إلا أن يسلم المشتري العبد إلى المشتري له انتهى. وهذا هو الوجه لتعين المفعول بلا واسطة للأولوية على ما صرح به النحاة (قوله لوجود التراضي الذي هو ركن في باب البيع) أقول: أي هو شرط وسهارة ركنا مجازا (قال المصنف: ومن أمر رجلا بأن يشتري له عبيدين بأعيانها) أقول: من قبيل قوله تعالى - فقد صفت قلوبكما - فإن صيغة الجمع استعملت في المثنى مجازا (قال المصنف: فاشترى أحدهما جاز) أقول: أي بمثل القيمة أو بما يتغابن فيه الناس بقرينة الاستثناء (قوله فقد لا يتفق الجمع بينهما في البيع أي الشراء) أقول: لا حاجة إلى إخراج كلام المصنف عن ظاهره بتفسير البيع بالشراء، بل يجوز إبقاء البيع في كلام المصنف على حاله كما لا يخفى.

فكان أمرا بشراء كل واحد منهما بخمسمائة ثم الشراء بها موافقة وبأقل منها مخالفة إلى خير وبالزيادة إلى شرّ قلت الزيادة أو كثرت فلا يجوز (إلا أن يشتري الباقي ببقية الألف قبل أن يختصما استحسانا) لأن شراء الأول قائم وقد حصل غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدین بالألف وما ثبت الانقسام إلا دلالة والصريح يفوقها (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : إن اشترى أحدهما بأكثر من نصف الألف بما يتغابن الناس فيه وقد بقي من الألف ما يشتري بمثله الباقي جاز) لأن التوكيل مطلق لكنه يتقيد بالمتعارف وهو فيما قلنا ، ولكن لا بد أن يبقى من الألف باقية يشتري بمثلها الباقي ليكنه تحصيل غرض الأمر .

(فكان أمرا بشراء كل واحد منهما بخمسمائة ، ثم الشراء بها أي بخمسمائة موافقة) لأمر الأمر (وبأقل منها) أي بالشراء بأقل من خمسمائة (مخالفة إلى خير) فيجوز (وبالزيادة إلى شرّ) أي الشراء بالزيادة مخالفة إلى شر (قلت الزيادة أو كثرت فلا يجوز) قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير : احتمل أن المسئلة لا اختلاف فيها لأن أبا حنيفة إنما قال لم يجز شراؤه على الأمر إذا زاد زيادة لا يتغابن الناس في مثلها . وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله قالوا في الذي يتغابن الناس في مثله إنه يلزم الأمر ، فإذا حملت على هذا الوجه لا يكون في المسئلة اختلاف ، واحتمل أن المسئلة فيها اختلاف في قول أبي حنيفة إذا زاد على خمسمائة قليلا أو كثيرا لا يجوز على الأمر ، وفي قولهما يجوز إذا كانت الزيادة قليلة انتهى كلامه . وقال شيخ الإسلام : إن بعض مشايخنا قالوا : ليس في المسئلة اختلاف في الحقيقة ، فإن قول أبي حنيفة محمول على ما إذا كانت الزيادة كثيرة بحيث لا يتغابن الناس في مثلها ، فأما إذا كانت قليلة بحيث يتغابن الناس في مثلها يجوز عندهم جميعا لأنه لا تسجية في حق هذا الواحد ، فهو كما لو وكله بشراء عبد له ولم يسمّ ثمنه فاشتراه بأكثر من قيمته بما يتغابن الناس في مثله جاز كذا ها هنا . ثم قال : والظاهر أن المسئلة على الاختلاف ، فإنه أطلق الجواب على قول أبي حنيفة وفصله على قولهما انتهى . والمصنف اختار ما ذهب إليه شيخ الإسلام حيث قال : وبالزيادة إلى شرّ قلت الزيادة أو كثرت فلا يجوز (إلا أن يشتري الباقي ببقية الألف قبل أن يختصما) فيجوز حينئذ ويلزم الأمر (استحسانا) قيد به لأن جواب القياس أن لا يلزم الأمر لثبوت المخالفة ، وبه أخذ مالك والشافعي وأحمد . وجه الاستحسان ما ذكره بقوله (لأن شراء الأول قائم) يعني أن شراء العبد الأول قائم لم يتغير حاله بالخصومة (وقد حصل غرضه المصرح به) أي وقد حصل عند اشتراء الباقي غرض الأول الذي صرح به (وهو تحصيل العبدین بألف ولما ثبت الانقسام) أي لم يثبت (إلا دلالة والصريح يفوقها) أي يفوق الدلالة : يعني أن الانقسام بالسوية إنما كان ثابتا بطريق الدلالة ، وإذا جاء الصريح وأمكن العمل به بطلت الدلالة (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : إن اشترى أحدهما بأكثر من نصف الألف بما يتغابن الناس فيه وقد بقي أي والخال أنه قد بقي (من الألف ما يشتري بمثله الباقي جاز) ولزم الأمر) لأن التوكيل مطلق أي غير مقيد بخمسمائة (لكنه يتقيد بالمتعارف وهو) أي المتعارف (فيما قلنا) أي فيما يتغابن الناس فيه (ولكن لا بد أن يبقى من الألف باقية يشتري بمثلها الباقي) من العبدین (ليكنه) أي ليكن المأمور (تحصيل غرض الأمر) وهو تملك

لثبوت المخالفة . ووجه الاستحسان أن شراء الأول قائم ، فإذا اشترى الباقي حصل غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدین بألف والانقسام بالسوية كان ثابتا بطريق الدلالة ، وإذا جاء الصريح وأمكن العمل به بطل الدلالة . وقال أبو يوسف ومحمد : إن اشترى أحدهما بأكثر من نصف الألف بما يتغابن الناس فيه وقد بقي من الألف ما يشتري بمثله الباقي جاز لأن التوكيل وإن حصل مطلقا لكنه يتقيد بالمتعارف وهو فيما يتغابن فيه الناس ، لكن لا بد أن يبقى من الألف ما يشتري به الباقي لتحصيل غرض الأمر

(قال المصنف : لأن شراء الأول قائم) أقول : في الكافي : فإن قيل الخلاف قد تحقق والشراء لا يتوقف فكيف يكون كله للموكل ؟ قلنا : العمل بالصريح أولى من العمل بالدلالة والموكل صرح باكتساب العبدین بألف ، وإنما عكنا بالدلالة إذا لم يعارضها الصريح ، فإذا جاء الصريح بطل العمل بها انتهى . فلا تعتبر مخالفة الدلالة إذا حصل موافقة الصريح فيكون من قبيل التبيين (قوله لأن التوكيل ، إلى قوله : بالمتعارف) أقول : في تقريره قصور .

قال (ومن له على آخر ألف درهم فأمره أن يشتري بها هذا العبد فاشتره جاز) لأن في تعيين المبيع تعيين البائع ؛ ولو عين البائع يجوز على ما ذكره إن شاء الله تعالى . قال (وإن أمره أن يشتري بها عبداً بغير عينه فاشتره فمات في يده قبل أن يقبضه الأمر مات من مال المشتري ، وإن قبضه الأمر فهو له) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله (وقالوا : هو لازم للأمر إذا قبضه المأمور) وعلى هذا إذا أمره أن يسلم ما عليه أو يصرف ما عليه . لهما أن الدراهم والدنانير لا يتعينان في المعاوضات دينا كانت أو عينا ؛ ألا يرى أنه لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا أن لادين لا يبطل العقد فصار الإطلاق والتقييد فيه سواء فيصح التوكيل ويلزم الأمر لأن يد الوكيل كيده .

العبدین معا (قال) أى محمد في الجامع الصغير (ومن له على آخر ألف درهم فأمره) أى الآخر (بأن يشتري بها) أى بتلك الألف (هذا العبد) يعنى العبد المعين (فاشتره جاز) ولزم الأمر قبضه أو مات قبله عند المأمور (لأن في تعيين المبيع تعيين البائع ، ولو عين البائع يجوز على ما ذكره إن شاء الله تعالى) يشير إلى ما سيذكره بقوله بخلاف ما إذا عين البائع الخ (وإن أمره أن يشتري بها) أى بالألف التى عليه (عبداً بغير عينه فاشتره فمات في يده) أى فمات العبد في يد المشتري (قبل أن يقبضه الأمر مات من ماله المشتري) فالألف عليه (وإن قبضه الأمر فهو) أى العبد (له) أى للأمر (وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالوا) أى أبو يوسف ومحمد رحمهما الله (هو) أى العبد (لازم للأمر إذا قبضه المأمور) سواء قبضه الأمر أو مات في يد المأمور . قال المصنف (وعلى هذا) أى على هذا التفصيل (إذا أمره) أى إذا أمر من عليه الدين (أن يسلم ما عليه) أى يعقد عقد السلم (أو يصرف ما عليه) أى أو يعقد عقد الصرف فإن عين المسلم إليه ومن يعقد به عقد الصرف صح بالاتفاق ، وإلا فعلى الاختلاف . قال الشراح : وإنما خصهما بالذكر لدفع ما عسى يتوهم أن التوكيل فيهما لا يجوز لاشتراط القبض في المجلس . أقول : فيه نظر ، إذ قد سبق في أوائل هذا الفصل مسألة جواز التوكيل بعقد الصرف والسلم مدلة ومفصلة مع التعرض لأحوال القبض مستوفى ، فكيف يتوهم بعد ذلك عدم جواز التوكيل فيهما ، وهل يليق بشأن المصنف دفع مثل ذلك التوهم . فالحق عندى أن تخصيصهما بالذكر إنما هو لإزالة ما يتردد في الذهن من أن التفصيل المذكور هل هو جار بعينه في بابي السلم والصرف أيضاً أم لا ، بناء على أن لهما شأناً مخصوصاً في بعض الأحكام ، فقله هذا على نهج قوله فيما مر في آخر مسألة التوكيل بشراء شيء بغير عينه ، والتوكيل في الإسلام بالطعام على هذه الوجوه (لهما) أى لأبي يوسف ومحمد رحمهما الله (أن الدراهم والدنانير لا يتعينان في المعاوضات دينا كانت أو عينا) يعنى سواء كانت الدراهم والدنانير دينا ثابتاً في الذمة أو عينا غير ثابتة في الذمة ، ونور ذلك بقوله (ألا يرى أنه لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا أن لادين لا يبطل العقد) ويجب مثل الدين وكل ما لا يتعين بالتعيين كان الإطلاق والتقييد فيه سواء (فصار الإطلاق) بأن قال بألف ولم يضيفه إلى ما عليه (والتقييد) بأن أضافه إلى ما عليه (فيه) أى في العقد المزبور (سواء فيصح التوكيل ويلزم الأمر) أى ويلزم العقد الأمر ، وصار كما لو قال تصدق بمالى عليك على المساكين فإنه يجوز

قال (ومن له على آخر ألف الخ) ومن له على آخر ألف درهم . فأمره أن يشتري بها عبداً معيناً صح على الأمر ولزمه قبضه وإن مات قبله عند المأمور ، لأن في تعيين المبيع تعيين البائع ، ولو عين البائع جاز كما سيذكره ، فكذا إذا عين المبيع بالاتفاق ، وإن أمره أن يشتري بها عبداً بغير عينه فاشتره ، فإن قبضه الأمر فهو له كذلك ، وإن مات في يد الوكيل قبل أن يقبضه الأمر مات من مال الوكيل عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالوا : هو لازم للأمر إذا قبضه المأمور ، وعلى هذا الخلاف . إذا أمر من عليه الدين أن يسلم ما عليه أو يصرف ما عليه . فإن عين المسلم إليه ومن يعقد به عقد الصرف صح بالاتفاق ، وإلا فعلى الاختلاف ، وإنما خصهما بالذكر لدفع ما عسى يتوهم أن التوكيل فيهما لا يجوز لاشتراط القبض في المجلس (لهما أن الدراهم والدنانير لا يتعينان في المعاوضات دينا كان أو عينا ؛ ألا ترى أنهما لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا أن لادين لا يبطل العقد)

(قوله وإنما خصهما بالذكر لدفع ما عسى يتوهم الخ) أقول : فيه تأمل .

ولأبي حنيفة رحمه الله أنها تتعين في الوكالات ؛ ألا ترى أنه لو قيد الوكالة بالعين منها أو بالدين منها ثم استهلك العين أو أسقط الدين بطلت الوكالة ،

(ولأبي حنيفة رحمه الله أنها) أى الدراهم والدنانير (تتعين في الوكالات) قال صاحب النهاية : لكن هذا على قول بعض المشايخ بعد التسليم إلى الوكيل . وأما قبل التسليم إليه فلا تتعين في الوكالات أيضا بالإجماع لأنه ذكر في الذخيرة . وقال : قال محمد في الزيادات : رجل قال لغيره اشتر لي بهذه الألف درهم جارية وأراه الدراهم فلم يسلمها إلى الوكيل حتى سرت الدراهم ، ثم اشترى الوكيل جارية بألف درهم لزم الموكل . ثم قال : والأصل أن الدراهم والدنانير لا يتعينان في الوكالات قبل التسليم بلا خلاف ، لأن الوكالات وسيلة إلى الشراء فتعتبر بنفس الشراء ، والدراهم والدنانير لا يتعينان في الشراء قبل التسليم فكذلك فيما هو وسيلة إلى الشراء . وأما بعد التسليم إلى الوكيل هل تتعين ؟ اختلف المشايخ فيه . بعضهم قال : تتعين حتى تبطل الوكالة بهلاكها لما ذكرنا أن الوكالة وسيلة إلى الشراء والدراهم والدنانير يتعينان في الشراء بعد التسليم ، فكذلك فيما هو وسيلة إليه ، ولأن يد الوكيل يد أمانة ، والدراهم والدنانير يتعينان في الأمانات . وعامتهم على أنها لا تتعين . وفائدة النقود والتسليم على قول عامة المشايخ شيان : أحدهما يؤقت بقاء الوكيل ببقاء الدراهم المنقودة ، فإن العرف الظاهر فيما بين الناس أن الموكل إذا دفع الدراهم إلى الوكيل يريد شراءه حال قيام الدراهم في يد الوكيل . والثاني قطع رجوع الوكيل على الموكل فيما وجب للوكيل على الموكل ، وهذا لأن شراء الوكيل يوجب دينين ، دينا للبائع على الوكيل ، ودينا للوكيل على الموكل ، إلى هنا لفظ النهاية . وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية بنوع إجمال : ولقائل أن يقول : فعلى هذا في كلام المصنف نظر ، لأنه أثبت قول أبي حنيفة بقول بعض المشايخ الذين حدثوا بعد أبي حنيفة بما في سنة . والجواب أن المصنف لم يتعرض بأن ذلك قول بعض المشايخ ، فلعل اعتماده في ذلك كان على ما نقل عن محمد رحمه الله في الزيادات من التقييد بعد التسليم انتهى . أقول : ليس السؤال بشيء ولا الجواب . أما الأول فلأن بعض المشايخ الذين حدثوا بعد أبي حنيفة لم يقولوا ما ذهبوا إليه من تعين النقود في الوكالات بعد التسليم إلى الوكيل باجتهادهم من عند أنفسهم بل بتخريجهم إياه من أصل أبي حنيفة كما هو حال أصحاب التخريج في كثير من المسائل فكان ما ذكره المصنف ها هنا من قبيل إثبات قول أبي حنيفة بأصله على تخريج بعض المشايخ ، وأمثال هذا أكثر من أن تحصى . وأما الثاني فلأن حاصله أن المصنف أخذ ما ذكره ها هنا من مفهوم قول محمد في الزيادات فلم يسلمها إلى الوكيل . فيرد عليه أن محمدا لم يذكر الخلاف هناك ، فإن لم يكن ما ذكره على قول نفسه فقط فلا أقل من أن يكون ذلك مما قال به أيضا ، فلو عمل بمفهوم القيد المذكور لزم أن يكون المشتري للوكيل عند محمد فيما إذا سلم الموكل الدراهم إلى الوكيل وقال له اشتر لي بها عينا فاشتره وقبضه فهلك في يده قبل أن يقبضه الأمر مع أنه قول محمد وقول أبي يوسف بخلافه كما صرحوا به قاطبة ، وذكر في مسألة الكتاب ، وأورد بعض الفضلاء على الجواب المذكور بوجه آخر حيث قال فيه نظر ، إذ لا يفصل ما في الكتاب بين ما قبل القبض وما بعده كما مر انتهى . أقول : هو مدفوع بحمل إطلاق ما في الكتاب على ما هو المقيد في كلام الثقات ، إذ قد تقرر في الأصول أن المطلق والمقيد إذا وردا واتحد الحكم والحادثة يحمل المطلق على المقيد وها هنا كذلك فتدبر (ألا ترى) تنوير لتعين الدراهم والدنانير في الوكالات (أنه) أى الأمر (لو قيد الوكالة بالعين منها) أى من الدراهم والدنانير (أو بالدين منها ثم استهلك) أى الأمر أو الوكيل (العين) كذا في معراج الدراية ويجوز أن يكون استهلك على بناء المفعول (أو أسقط) أى الموكل (الدين) بأن أبرأه عن الدين بعد التوكيل كذا في معراج الدراية أيضا . ويجوز فيه أيضا بناء المفعول (بطلت الوكالة) جواب

وما لا يتعين بالتعيين كان الإطلاق والتقييد فيه سواء فيصح التوكيل ويلزم الأمر ، لأن يد الوكيل كيدته فصاركما لو قال تصدق بمالي عليك على المساكين (ولأبي حنيفة رحمه الله أنها تتعين في الوكالات ؛ ألا ترى أنه لو قيد الوكالة بالعين منها أو بالدين منها ثم استهلك العين أو أسقط الدين بطلت) ونقل الناطق عن الأصل أن الوكيل بالشراء إذا قبض الدنانير من الموكل وقد أمره أن يشتري بها طعاما فاشترى بدنانير غيرها ثم نقد دنانير الموكل للطعام للوكيل وهو ضامن لدنانير الموكل . والمسلتان تدلان على

لو قيد الوكالة . ونقل الناطق في الأجناس عن الأصل أن الوكيل بالشراء إذا قبض الدنانير من الموكل وقد أمره أن يشتري بها طعاما فاشترى بدنانير غيرها ثم نقد دنانير الموكل فالطعام للوكيل وهو ضامن لدنانير الموكل . ثم قال : هذه المسئلة تدل على أن الدراهم والدنانير يتعينان في الوكالة . قال صاحب النهاية : إنما قيد : يعنى المصنف بالاستهلاك دون الهلاك لأن بطلان الوكالة مخصوص بالاستهلاك دون الهلاك . والدليل على هذا ما ذكره الإمام قاضيهان في السلم من يبيع فتاواه فقال : رجل دفع إلى رجل عشرة دراهم ليشتري بها ثوبا قد سماه فأنفق الوكيل على نفسه دراهم الموكل واشترى ثوبا للآمر بدراهم نفسه فإن الثوب للمشتري لا للآمر ، لأن الوكالة تقيدت بتلك الدراهم فبطلت الوكالة بهلاكها ، ولو اشترى ثوبا للآمر ونقد الثمن من مال نفسه وأمسك دراهم الأمر كان الثوب للآمر وتطيب له دراهم الموكل استحسانا ، كالوارث والوصي إذا قضى دين الميت بمال نفسه انتهى كلامه . أقول : دلالة مانقله عن الإمام قاضيهان على أن بطلان الوكالة مخصوص بالاستهلاك ممنوعة . غاية الأمر أنه صور المسئلة بما إذا أنفق الوكيل على نفسه دراهم الموكل ، ولا يلزم منه أن لا يكون الحكم كذلك فيما إذا هلكت دراهم الموكل بغير صنع الوكيل ، ألا يرى أنه قال فبطلت الوكالة بهلاكها ولم يقل باستهلاكها ، ولو كان مراده الفرق بين الاستهلاك والهلاك لما قال كذلك . وقال صاحب غاية البيان : قال بعض الشارحين : إنما قيد بالاستهلاك دون الهلاك لأن بطلان الوكالة مخصوص

أن النقود في الوكالة تتعين بالتمعين ، لكن المذكورة في الكتاب لاتفصل بين ما قبل القبض وبعده ، والأخرى تدل على أنها بعد القبض تتعين وهو المنقول في الكتب . قال في النهاية : هذا على قول بعض المشايخ بعد التسليم إلى الوكيل ، وأما قبل التسليم إليه فلا تتعين في الوكالات أيضا بالإجماع لأنه ذكر في الذخيرة . وقال : قال محمد رحمه الله في الزيارات : رجل قال لغيره اشترى بهذه الألف درهم جارية وأراه الدراهم فلم يسلمها إلى الوكيل حتى سرقت الدراهم ، ثم اشترى الوكيل جارية بألف درهم لزم الموكل . ثم قال : والأصل أن الدراهم والدنانير لا يتعينان في الوكالات قبل التسليم بلا خلاف ، لأن الوكالة وسيلة إلى الشراء فتعتبر بنفس الشراء ، والدراهم والدنانير لا يتعينان في الشراء قبل التسليم ، فكذا فيما هو وسيلة إلى الشراء . وأما بعد التسليم إلى الوكيل هل تتعين ؟ اختلفت المشايخ فيه : قال بعضهم : تتعين لما ذكرنا ، وعامتهم على أنها لا تتعين ثم قال : وفائدة النقل والتسليم على قول العامة تأقت بقاء الوكالة ببقاء الدراهم المنقودة ، وهذا قول منهم تتعين بالتمعين لأن المراد به هو التوقت ببقائها وقطع الرجوع على الموكل فيما وجب للوكيل عليه . ولقائل أن يقول : فعلى هذا في كلام المصنف نظر : لأنه أثبت قول أبي حنيفة بقول بعض المشايخ الذين حدثوا بعد أبي حنيفة بمائتي سنة . والجواب أن المصنف لم يتعرض بأن ذلك قول بعض المشايخ ، فلعل اعتماداً في ذلك كان على ما نقل عن محمد على ما نقل عنه في الزيارات من التقييد بعد التسليم . ثم قال صاحب النهاية : إنما قيد بالاستهلاك لأن بطلان الوكالة مخصوص به ، ونقل عن كل من الذخيرة وفتاوى قاضيهان مسئلة تدل على ذلك . ورد بأنه يخالف لما ذكرناه في شروح الجامع الصغير في هذا الموضع حيث قالوا : لو هلكت الدراهم المسلمة إلى الوكيل بالشراء بطلت الوكالة ، بل إنما قيد المصنف بذلك لئلا يتوهم أن الوكالة لا تبطل إذا استهلك الوكيل الدراهم المسلمة إليه لأنه يضمن الدراهم

(قوله قال في النهاية هذا) أقول : أى التمعين . (قوله ثم قال والأصل أن الدراهم الخ) أقول : يعنى قال في الذخيرة (قوله لأن المراد به هو التوقت ببقائها الخ) أقول : فيه نظر ، فإن التوقت عادى لشرعي فافهم . ثم اعلم أن الضمير في قوله به راجع إلى التمعين (قوله وقطع الرجوع الخ) أقول : عطف على قوله توقت بقاء الوكالة كما لا يخفى وفائدة ثالثة (قوله على الموكل) أقول : متعلق بقطع ، والظاهر أن يقال هن بدل على (قوله ولقائل أن يقول) أقول : تأمل فيه (قوله والجواب أن المصنف لم يتعرض بأن ذلك قول بعض المشايخ الخ) أقول : فيه نظر ، إذ لا يفصل ما في الكتاب بين ما قبل القبض وما بعده كما مر (قوله من التقييد بعدم التسليم) أقول : حيث قال فلم يسلمها (قوله ورد بأنه يخالف) أقول : الرد للإتقان إلى آخر قوله بل إنما قيد المصنف (قوله بطلت الوكالة) أقول : ويدل عليه ظاهر الفائدة الأولى (قوله لئلا يتوهم أن الوكالة لا تبطل إذا استهلك الخ) أقول : فحينئذ يكون استهلاك على بناء المفعول (قوله لأنه يضمن الدراهم الخ) أقول : بخلاف ما إذا هلك فإنه لا يضمن .

وإذا تعينت كان هذا تملك الدين من غير من عليه الدين من دون أن يوكله بقبضه وذلك لا يجوز ، كما إذا اشترى بدين على غير المشتري أو يكون أمرا بصرف مالا يملكه إلا بالقبض قبله وذلك باطل كما إذا قال أعط مالى عليك

بالاستهلاك دون الهلاك ، هذا الذى ذكره مخالف لما ذكروا فى شروح الجامع الصغير فى هذا الموضع حيث قالوا : لو هلك الدراهم المسلمة إلى الوكيل بالشراء بطلت الوكالة . فأقول : كأن المصنف قيد بالاستهلاك حتى لا يتوهم متوهم أن الوكالة لا تبطل إذا استهلك الوكيل الدراهم المسلمة إليه لأنه يضمن الدراهم كما فى هلاك المبيع قبل التسليم ، إلى هنا كلامه . وقال صاحب العناية : ثم قال صاحب النهاية : إنما قيد بالاستهلاك لأن بطلان الوكالة مخصوص به ، ونقل عن كل من الذخيرة وفتاوى قاضيهان مسألة تدل على ذلك . ورد بأنه مخالف لما ذكروا فى شروح الجامع الصغير فى هذا الموضع حيث قالوا : لو هلك الدراهم المسلمة إلى الوكيل بالشراء بطلت الوكالة ، بل إنما قيد المصنف بذلك لئلا يتوهم أن الوكالة لا تبطل إذا استهلك الوكيل الدراهم المسلمة إليه لأنه يضمن الدراهم فيقوم مثلها مقامها فتصير كأن عينها باقية ، فذكر الاستهلاك لبيان تساويهما فى بطلان الوكالة بهما انتهى . أقول : هذا حاصل ما ذكره صاحب العناية خلا قوله ونقل عن كل من الذخيرة وفتاوى قاضيهان مسألة تدل على ذلك ، وأنه ليس بسديد ، إذ لم نجد فى نسخ النهاية هنا مسألة منقولة عن الذخيرة تدل على ذلك ، بل المذكور فيها هاهنا إنما هى مسألة فتاوى قاضيهان كما نقلناه فيما قبل (فإذا تعينت) أى الدراهم والدنانير ، وهذا من تنمة الدليل ، وتقديره أن الدراهم والدنانير تعين فى الوكالات ، وإذا تعينت (كان هذا) أى التوكيل المذكور (تملك الدين من غير من عليه الدين من غير أن يوكله) أى ذلك الغير (بقبضه) أى بقبض الدين (وذلك) أى تملك الدين على الوجه المزبور (لا يجوز) لعدم القدرة على التسليم (كما إذا اشترى بدين على غير المشتري) بأن كان لزيد على عمرو مثلا دين فاشترى زيد من آخر شيئا بذلك الدين الذى له على عمرو فإنه لا يجوز ، فكان تقديره كما إذا اشترى المشتري شيئا بدين على غيره نفسه ، كذا فى النهاية وعليه أكثر الشراح . وقال تاج الشريعة فى شرح هذا المقام : أى كما إذا اشترى هذا المأمور بدين هو حق الأمر على غير هذا المأمور انتهى . ووافقه صاحب الغاية حيث قال : . يعنى كما إذا اشترى الوكيل بدين على غيره كما إذا أمره زيد مثلا أن يشتري بدين لزيد على عمرو شيئا من آخر فإنه لا يجوز لكونه تملك الدين من غير من عليه الدين ، فكذا فيما نحن فيه انتهى . وبين المعنيين تفاوت لا يخفى (أو يكون أمرا بصرف) أى بدفع (مالا يملكه إلا بالقبض قبله) أى قبل القبض متعلق بصرف ، وهذه الجملة عطف على قوله كان هذا تملك الدين لغير من عليه الدين ؛ والمعنى : أو يكون التوكيل المذكور أمرا من رب الدين للمدين بدفع مالا يملكه رب الدين إلا بالقبض قبل القبض ، وذلك لأن الدين تقضى بأمثالها فكان ما أدى المدين إلى البائع أو إلى رب الدين ملك المدين ولا يملكه الدائن قبل القبض (وذلك باطل) أى أمر الإنسان بدفع مالا يملكه باطل (كما إذا قال أعط مالى عليك

فيقوم مثلها مقامها فتصير كأن عينها باقية ، فذكر الاستهلاك لبيان تساويهما فى بطلان الوكالة بهما (قوله وإذا تعينت) هو تنمة الدليل . وتقديره أنها تعين فى الوكالات ، وإذا تعينت كان هذا تملك الدين من غير من عليه الدين من غير أن يوكله بالقبض ، وذلك لا يجوز لعدم القدرة على التسليم ، كما إذا اشترى بدين على غير المشتري بأن كان لزيد على عمرو دين مثلا فاشترى زيد من آخر شيئا بذلك الدين الذى له على عمرو فإنه لا يجوز لذلك (أو يكون أمرا بصرف) أى بدفع (مالا يملكه إلا بالقبض قبل القبض ، وذلك) لأن الدين تقضى بأمثالها ، فكان ما أدى المدين إلى البائع أو إلى رب الدين ملك المدين ولا يملكه الدائن قبل القبض ، والأمر بدفع مالى يملكه (باطل) وصار (كما إذا قال أعط مالى عليك

(قال المصنف : كما إذا اشترى بدين على غير المشتري) أقول : قال فى النهاية : تقديره كما إذا اشترى المشتري شيئا بدين على غير نفسه انتهى . وقال الإيتافى : يعنى كما إذا اشترى الوكيل بدين على غيره كما إذا أمره زيد مثلا أن يشتري بدين لزيد على عمرو شيئا من آخر فإنه لا يجوز لكونه تملك الدين من غير من عليه الدين ، فكذا ما نحن فيه ، وهو ما إذا أمر الوكيل أن يشتري بدين على الوكيل عبدا بغير عينه انتهى . فبين كلامه وكلام النهاية تفاوت لا يخفى .

من شئت ، بخلاف ما إذا عين البائع لأنه يصير وكيلاً عنه في القبض ثم يملكه ، وبخلاف ما إذا أمره بالتصدق لأنه جعل المال لله وهو معلوم .

من شئت) فإنه باطل ، لأنه أمر بصرف مالا يملكه الأمر إلا بالقبض إلى من يختاره المديون بنفسه (بخلاف ما إذا عين البائع) يعني بخلاف ما إذا كان الموكل عين البائع ، فإن التوكيل صحيح هناك (لأنه) أى البائع (يصير) أولاً (وكيلاً عنه) أى عن الموكل (في القبض) تصحيحاً لتصرفه بقدر الإمكان (ثم يملكه) أى ثم يملكه البائع فيصير قابضاً لرب الدين أولاً ثم يصير قابضاً لنفسه كما لو وهب دينه على غيره ووكل الموهوب له بقبضه ، وكذا إذا عين المبيع لأن في تعيين المبيع تعيين البائع كما مر في صدر المسئلة فصار كما لو عين البائع ، ومتى أبهم المبيع أو البائع يكون البائع مجهولاً والمجهول لا يصلح وكيلاً . قيل : يشكل بما لو أجر حاماً بأجرة معلومة وأمر المستأجر بالمربة من الأجرة فإنه يجوز ، وإن كان هذا أمراً بتمليك الدين من غير من عليه الدين وهو الأجير من غير أن يوكله بقبضه لأن الأجير مجهول وتوكيل المجهول لا يصح . وأجيب بأن ذاك قولهما ، ولئن كان قول الكل فلانما جاز باعتبار الضرورة ، فإن المستأجر لا يجد الأجر في كل وقت فجعلنا الحمام قائماً مقام الأجر في القبض ، كذا في الكفاية وغيرها . واعتراض بأنه لو اشترى شيئاً بدين على آخر ينبغي أن يجوز أن يجعل البائع وكيلاً بالقبض أولاً لكونه معينا . وأجيب بأن عدم الجواز هنا لكونه يبيعاً بشرط وهو أداء الثمن على الغير ، كذا في العناية وبعض الشراح . أقول : في هذا الجواب بحث ، أما أولاً فلأن البائع لو جعل هنا وكيلاً بالقبض لم يكن العقد يبيعاً بشرط أداء الثمن على الغير ، بل يكون أداء الثمن على المشتري بيد وكيله كما فيما إذا كان الموكل عين البائع . وأما ثانياً فلأن النقود لما لم تتعين في المعاوضات لم يلزم الاشتراط المذكور هنا أصلاً . وأما ثالثاً فلأنه لو كان عدم الجواز هنا لكونه يبيعاً بشرط لا لكونه بتمليك الدين من غير من عليه الدين من غير أن يوكله بقبضه لما كان لقول المصنف فيما مر آنفاً كما إذا اشترى بدين على غير المشتري ارتباطاً بما قبله ، ولما كان لقول صاحب العناية في شرح ذلك فإنه لا يجوز لذلك معنى ، فإن أمكن تخليص كلام المصنف بحمل مراده بقوله كما إذا اشترى بدين على غير المشتري على المعنى الذي ذهب إليه بعض الشراح دون المعنى الذي ذهب إليه أكثرهم كما عرفته فيما قبل لا يمكن تخليص كلام صاحب العناية فإنه ذهب إلى ما ذهب إليه الأكثر فتأمل . وأجيب عن الاعتراض المذكور في بعض الشروح بوجه آخر أيضاً ، وهو أن البائع لو صار وكيلاً فلانما يصير وكيلاً في ضمن المبيعة ، ولا بد من أن يثبت المتضمن ليثبت المتضمن ، والمبيعة لم تثبت لما فيه من تمليك الدين من غير من عليه الدين فلا يثبت المتضمن ، وبخلاف ما نحن فيه لأن التوكيل بالقبض يثبت فيه بأمر الأمر ، وأنه يسبق الشراء ، وبخلاف ما إذا وهب الدين من غير من عليه الدين حيث تصح الهبة ويثبت الأمر من الواهب للموهوب له بالقبض في ضمن الهبة لأن الملك يتوقف إلى زمان القبض فيكون التوكيل بالقبض سابقاً على التملك معنى (وبخلاف ما إذا أمره بالتصدق) جواب عن قياسهما على الأمر بالتصدق ولم يذكر في الكتاب وقد ذكرناه في سياق دليلهما (لأنه) أى الأمر بالتصدق (جعل المال لله تعالى) ونصب الفقير وكيلاً عن الله عز وجل في قبض حقه ، كذا في الكافي وغيره (وهو معلوم) أى الله تبارك وتعالى معلوم فكان كتعيين البائع في المسئلة الأولى . وأما مسألة التصديق في الشراء بأن لادين له

من شئت) فإنه باطل لأنه أمر بصرف مالا يملكه الأمر إلا بالقبض إلى من يختاره المديون بنفسه (قوله بخلاف ما إذا عين البائع) يعني بخلاف ما إذا كان الموكل عين البائع أو المسلم إليه فإن التوكيل صحيح لازم للأمر (لأنه يصير) البائع أولاً (وكيلاً عنه في القبض ثم يملكه) وذلك ليس بتمليك الدين من غير من عليه الدين ولا أمراً بصرف مالم يقبض . واعتراض بأنه لو اشترى شيئاً بدين على آخر ينبغي أن يجوز أن يجعله وكيلاً بالقبض أو لالكونه معينا . وأجيب بأن عدم الجواز هنا لكونه يبيعاً بشرط وهو أداء الثمن على الغير (قوله وبخلاف) جواب عن قياسهما على الأمر بالتصدق ولم يذكره في الكتاب وقد ذكرناه في سياق دليلهما

(قوله وذلك ليس بتمليك الخ) أقول : إذ يقول إذا قبضه يكون عيناً (قوله واعتراض بأنه لو اشترى الخ) أقول : مخالف لقوله فإنه لا يجوز للمالك (قوله وأجيب بأن عدم ، إلى قوله : على الغير) أقول : النقود لاتتبع في المعاوضات فكيف يصح حديث الاشتراط .

وإذا لم يصبح التوكيل نفذ الشراء على المأمور فيهلك من ماله إلا إذا قبضه الأمر منه لانعقاد البيع تعاطيا . قال (ومن دفع إلى آخر ألفا وأمره أن يشتري بها جارية فاشترها فقال الأمر اشترتها بخمسائة . وقال المأمور اشترتها بألف فالقول قول المأمور) ومراده إذا كانت تساوى ألفا لأنه أمين فيه وقد ادعى الخروج عن عهدة الأمانة والأمر يدعى عليه

عليه فلأن الدراهم والدنانير لا يتعينان في الشراء عينا أو دينا ولكن يتعينان في الوكالات ، فلما لم يتعينا في الشراء لم يبطل الشراء ببطلان الدين ، كذا ذكره الإمام المرغيناني والمحبي وقاضيه خان (وإذا لم يصبح التوكيل) رجوع إلى أول البحث : يعني لما ثبت بالدليل أن التوكيل بشراء عبد غير معين لم يعلم بانه غير صحيح (نفذ الشراء على المأمور فيهلك من ماله) يعني إذا هلك هلك من مال المأمور (إلا إذا قبضه الأمر منه) فإنه إذا هلك حينئذ هلك من مال الأمر (لانعقاد البيع) بينهما (تعاطيا) فكان هالكا في ملك الأمر . قال الإمام الزيلعي في التبيين : وذكر في النهاية أن النقود لا تتعين في الوكالة قبل القبض بالإجماع ، وكذا بعده عند عامتهم لأن الوكالة وسيلة إلى الشراء فتعتبر بالشراء ، وعزاها إلى الزيادات والخيرة ، فعلى هذا لا يلزمهما ما قاله أبو حنيفة . والتعليل الصحيح له أن يقال : إن تملك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز ، فكذا التوكيل به ، وإنما جاز في المعين لكونه أمرا له بالقبض ثم بالتوكيل لا توكيلا للمدين بالتملك ، وإن لم يكن معينا لا يصح الأمر للمجهول فكان توكيلا للمدين بالتملك في الإسلام والشراء والصرف ولا يجوز ، إلى هنا كلامه . أقول : فيه نظر إذ لا يلزمهما التعليل الذي ذكره أيضا ، إذ يجوز أن يقال من قبلهما إن عدم جواز تملك الدين من غير من عليه الدين لا يقتضي عدم صحة التوكيل فيما نحن فيه ، فإنه لما لم تتعين النقود في الوكالات لم يكن لتعيين الأمر الألف التي على المأمور تأثير فيما أمره به من اشتراء عبد له ، بل صح اشتراء المأمور عبدا له بأية ألف كانت ، فكان ذكر تلك الألف في التوكيل بشراء عبد له وعدم ذكرها فيه سواء فصح التوكيل . وقد أشار إليه المصنف في أثناء دليلهما حيث قال : فكان الإطلاق والتقييد فيه سواء فيصح التوكيل ، ولا بد في تمام التعليل من قبل أبي حنيفة رحمه الله من المصير إلى تعيين النقود في الوكالات وإن كان على قول بعض المشايخ كما فعله المصنف ، فله دره في تدقيقه وتحقيقه (قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن دفع إلى آخر ألفا وأمره أن يشتري بها جارية فاشترها فقال الأمر اشترتها بخمسة مائة وقال المأمور اشترتها بألف فالقول قول المأمور) إلى هنا لفظ الجامع الصغير . قال المصنف (ومراده) أي مراد محمد (إذا كانت) أي الجارية (تساوى ألفا) يعني أن الحكم المذكور وهو كون القول قول المأمور فيما إذا كانت قيمة الجارية ألفا (لأنه) أي المأمور (أمين فيه) أي في الخصوص المزبور (وقد ادعى الخروج عن عهدة الأمانة والأمر يدعى عليه

وذلك ظاهر . وقوله (وإذا لم يصبح التوكيل) رجوع إلى أول البحث : يعني لما ثبت بالدليل أن التوكيل بشراء عبد غير معين لم يعلم بانه غير صحيح فنقد الشراء على المأمور ، فإذا هلك عنده هلك من ماله لكن إذا قبضه الأمر عنه انعقد بينهما بيع بالتعاطي ، فإن هلك عنده هلك من ماله . قال (ومن دفع إلى آخر ألفا الخ) رجل دفع إلى آخر ألفا وأمره أن يشتري بها جارية فاشترها فقال الأمر اشترتها بخمسائة وقال المأمور اشترتها بألف فالقول للمأمور ، ومراده إذا كانت تساوى الألف لأنه أمين فيه وقد ادعى الخروج عن عهدة الأمانة ، والأمر يدعى عليه ضمان خمسمائة وهو ينكر فالقول قول المنكر ، فإن كانت الجارية تساوى خمسمائة فالقول للأمر لأن الوكيل خالف إلى شر حيث اشترى جارية تساوى خمسمائة والأمر تناول ما يساوى ألفا فيضمن ، فإن لم يكن دفع الألف إليه واختلفا فالقول للأمر ، أما إذا كانت قيمتها خمسمائة فللمخالفة إلى شر وإن كانت قيمتها ألفا فغنى قوله فالقول للأمر يتحالفان ويندفع به ما قبل في شروح الجامع الصغير أن الجارية إذا كانت تساوى ألفا وجب أن يلزم الأمر سواء قال المأمور اشترتها بألف أو بأقل منها ، لأنه لما اشترها بألف كان موافقا للأمر ، وإن اشترها بأقل كان مخالفا إلى غير . وذلك يلزم الأمر ، وهذا لأنهما في هذا

(قال المصنف : فالقول قول المأمور) أقول : قال صدر الشريعة بلايين (قال المصنف : ومراده) أقول : يعني مراد محمد رحمه الله . (قال المصنف : لأنه أمين فيه) أقول : ولم يعتبر هنا المبادلة الحكيمة لسبق الأمانة المبادلة والسبق من أسباب الترجيح .

ضمان خمسمائة وهو ينكر ، فإن كانت تساوى خمسمائة فالقول قول الأمر لأنه خالف حيث اشترى جارية تساوى خمسمائة والأمر تناول ما يساوى ألفا فيضمن . قال (وإن لم يكن دفع إليه الألف فالقول قول الأمر) أما إذا كانت قيمتها خمسمائة فلمخالفة وإن كانت قيمتها ألفا فعناهما يتحالفان لأن الموكل والوكيل في هذا ينزلان منزلة البائع والمشتري وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف . ثم يفسخ العقد الذي جرى بينهما فتلزم الجارية المأمور . قال (ولو أمره أن يشتري له هذا العبد ولم يسم له ثمننا فاشتره فقال الأمر اشتره بخمسمائة وقال المأمور بألف وصدق البائع المأمور فالقول قول المأمور مع يمينه) قيل لا تحالف هاهنا لأنه ارتفع الخلاف بتصديق البائع ،

ضمان خمسمائة وهو) أى المأمور (ينكر) والقول قول المنكر (فإن كانت) أى الجارية (تساوى خمسمائة فالقول قول الأمر لأنه) أى الوكيل (خالف) أى خالف الأمر إلى شر (حيث اشترى جارية تساوى خمسمائة والأمر يتناول ما يساوى ألفا) وأيضا فيه غبن فاحش (فيضمن) أى المأمور لأنه لا يملك أن يخالف الأمر إلى شر ولا أن يشتري بغبن فاحش (قال) أى محمد في الجامع الصغير (وإن لم يكن دفع إليه الألف) واختلفا (فالقول قول الأمر ، أما إذا كانت قيمتها) أى قيمة الجارية (خمسمائة فلمخالفة) ولتحقيق الغبن الفاحش كما مر آنفا (وإن كانت قيمتها ألفا ، فعناهما) أى فعنى قول محمد فالقول قول الأمر (أنهما يتحالفان) ويندفع به ما قيل في شروح الجامع الصغير : إن الجارية إذا كانت تساوى ألفا وجب أن تلزم الأمر سواء قال المأمور اشترتها بألف أو بأقل منها ، لأنه إن اشترها بألف كان موافقا للأمر ، وإن اشترها بأقل منها كان مخالفا إلى خيبر ، وكل ذلك يلزم الأمر ، كذا في العنية وغيرها . أقول : بقى هاهنا شيء ، وهو أن المذكور في قول محمد فالقول قول الأمر والتحالف بخالفه فكيف يكون هذا معنى ذلك ؟ والجواب الذى أشار إليه المصنف في المسئلة الآتية بقوله وقد ذكر معظم يمين التحالف وهو يمين البائع لا يمتشى هنا كما لا يمتشى على المتأمل . قال المصنف (لأن الموكل والوكيل في هذا) أى في هذا الفصل (ينزلان منزلة البائع والمشتري) للمبادلة الحكيمة بينهما (وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف ثم يفسخ) يعنى فإذا تحالفا يفسخ (العقد الذى جرى بينهما) أى بين الموكل والوكيل وهو العقد الحكي (فتلزم الجارية المأمور) قيل هنا مطالبة وهى أن الوكيل إذا قبض الثمن فوقع الاختلاف اعتبر فيه المخالفة والأمانة ، وإذا لم يقبض اعتبر فيه المخالفة والمبادلة فما الحكم في ذلك ؟ وأجيب بأن في الأول سبقت الأمانة للمبادلة ، والسبق من أسباب الترجيح فاعتبرت فيه بخلاف الثانى (قال) أى محمد في الجامع الصغير (ولو أمره أن يشتري له هذا العبد ولم يسم له ثمننا فاشتره) ووقع الاختلاف في الثمن (فقال الأمر اشتره بخمسمائة وقال المأمور) اشتره (بألف وصدق البائع) أى بائع العبد (المأمور فالقول قول المأمور مع يمينه) إلى هنا لفظ الجامع الصغير . قال المصنف (قيل لا تحالف هاهنا) وهو قول الفقيه أبى جعفر الهندواى (لأنه ارتفع الخلاف بتصديق البائع

أى في هذا الفصل ينزلان منزلة البائع والمشتري للمبادلة الحكيمة بينهما وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف ، فإذا تحالفا ففسخ العقد الحكي بينهما وتلزم الجارية المأمور ، وفيه مطالبة وهى أن الوكيل إذا قبض الثمن فوقع الاختلاف اعتبرت المخالفة والأمانة ، وإذا لم يقبض اعتبر فيه المخالفة والمبادلة ، فما الحكم في ذلك ؟ والجواب أن في الأول سبقت الأمانة للمبادلة والسبق من أسباب الترجيح فاعتبرت فيه ، بخلاف الثانى . قال (ولو أمره أن يشتري له هذا العبد الخ) وإذا أمره بشراء عبد معين ولم يسم ثمننا فاشتره ووقع الاختلاف في الثمن وصدق البائع الوكيل فالقول للمأمور مع يمينه . قيل لا تحالف هاهنا وهو قول أبى جعفر الهندواى لأن تصديق البائع رفع الخلاف فيجعل تصادقهما بمنزلة إنشاء العقد ، ولو أنشاء لزوم الأمر فكذا هاهنا ،

(قال المصنف : فالقول للأمر) أقول : يعنى لا يلزم الأمر فيكون قوله مقبولا مع اليمين (قال المصنف : لأنه خالف حيث اشترى الخ) أقول : ولأن فيه غبنا فاحشا فلا يلزم الأمر (قوله فعنى قوله فالقول للأمر الخ) أقول : وأنت خير بأنه يلزم حينئذ الجميع بين الحقيقة والمجاز لكن المصنف يجوز إذا كان بسببين مختلفين والكلام في وجود القرينة الصارفة فإنها ليست بظاهرة هنا كظهورها في المسئلة الثالثة .

إذ هو حاضر وفي المسئلة الأولى وهو غائب ، فاعتبر الاختلاف ، وقيل يتحالفان كما ذكرنا ، وقد ذكر معظم يمين التحالف وهو يمين البائع والبائع بعد استيفاء الثمن أجنبي عنهما وقبله أجنبي عن الموكل إذ لم يجر بينهما بيع فلا يصدق عليه فيبقى الخلاف ، وهذا قول الإمام أبي منصور رحمه الله وهو أظهر .

إذ هو (أى البائع) جاضر (فيجعل تصادقهما بمنزلة إنشاء العقد ، ولو أنشأ العقد لزم الأمر فكذا هاهنا) وفي المسئلة الأولى هو (أى البائع) غائب فاعتبر الاختلاف (لعدم ما يرفعه ووجب التحالف) وقيل يتحالفان (في هذه المسئلة أيضا وهو قول الشيخ أبي منصور المتأيد) كما ذكرنا (أى في المسئلة الأولى من أنهما ينزلان منزلة البائع والمشتري ، وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف ، ولما استشعر أن يقال كيف قيل إنهما يتحالفان وقد نص محمد في الجامع الصغير أن القول قول المأمور مع يمينه والتحالف مخالفة أجاب بقوله (وقد ذكر معظم يمين التحالف وهو يمين البائع) يعنى أن محمدا اكتفى بذكر معظم اليمين من يمين التحالف . وهو يمين البائع : أى المأمور لأنه بمنزلة البائع في العقد الذى جرى بينه وبين الأمر حكما ، وإنما قال إن يمين البائع الذى هو المأمور معظم يمين التحالف لأنه مدع هاهنا ولا يمين على المدعى إلا في صورة التحالف ، وأما المشتري وهو الأمر فنكر ، وعلى المنكر اليمين في كل حال ، فلما كان يمين المأمور هو المختص بالتحالف كانت أعظم اليمينين ، ثم إذا وجب اليمين على المأمور وهو المدعى فلأن تجب على الأمر وهو المنكر أولى ، كذا في الشروح . قال الإمام الزيلعي في التبيين بعد ما بين المقام على هذا النمط : هكذا ذكر المشايخ إلا أن فيه إشكالا ، لأنه وإن كان يدل على ما ذكروا من حيث المعنى لكن لفظه لا يدل على ذلك ، فإن قوله إن القول قول المأمور مع يمينه يدل على أن المأمور يصدق فيما قاله ، وفي التحالف لا يصدق واحد منهما ، فلو كان مراده التحالف لما قال ذلك انتهى كلامه فتأمل (والبائع بعد استيفاء الثمن أجنبي عنهما) هذا جواب عن تعليل القول الأول بقوله لأنه ارتفع الخلاف بتصدق البائع إذ هو حاضر : يعنى أن بائع العبد بعد استيفاء الثمن أجنبي عن الموكل والوكيل معا (وقبله) أى قبل استيفاء الثمن (أجنبي عن الموكل إذ لم يجر بينهما) أى بين البائع والموكل (بيع) فلم يكن كلامه معتبرا (فلا يصدق عليه) أى على الموكل (فبقى الخلاف) بين الأمر والمأمور فلزم التحالف . قال المصنف (وهذا) أى القول بالتحالف (قول الإمام أبي منصور وهو أظهر) وقال صاحب الكافي : وهو الصحيح ، ولكن جعل الإمام قاضيخان في شرح الجامع الصغير قول الفقيه أبي جعفر أصح . قال الإمام المحبوبي في شرح الجامع الصغير بعد هذا : هذا إذا تصادقا على الثمن عند التوكيل ، وإن اختلفا فقال الوكيل أمرتني بالشراء بألف وقال الموكل لا بل بخمسمائة فالقول قول الأمر مع يمينه ، ويلزم العبد الوكيل لأن الأمر يستفاد من جهته فكان القول قوله ، فلو أقاما البينة فيبينة الوكيل أولى لما فيها من زيادة الإثبات ، كذا في النهاية ومعراج الدراية . أقول : يرد على ظاهره أن وضع هذه المسئلة فيما إذا لم يسم عند التوكيل الثمن للعبد فكيف يصح

بخلاف المسئلة الأولى فإن البائع ثمة غائب فاعتبر الاختلاف لعدم ما يرفعه (وقيل يتحالفان كما ذكرنا) فإن قيل : المذكور فيه فالقول قول المأمور مع يمينه والتحالف يخالفه . أجاب بقوله (وقد ذكر) يعنى محمدا (معظم يمين التحالف وهو يمين البائع) لأن البائع وهو الوكيل مدع ولا يمين على المدعى إلا في صورة التحالف . وأما المشتري وهو الموكل فنكر وعلى المنكر اليمين ، فلما كان يمين الوكيل هو المختص بالتحالف كانت أعظم اليمينين فإذا وجبت على المدعى فعلى المنكر أولى (قوله والبائع بعد استيفاء الثمن) جواب عن قوله ارتفع الخلاف بتصدق البائع بأن البائع بعد استيفاء الثمن أجنبي عنهما وقبله أجنبي عن الموكل إذ لا عقد بينهما فلم يكن كلامه معتبرا فبقى الخلاف والتحالف . قال المصنف (وهذا قول الإمام أبي منصور وهو أظهر) قال في الكافي : وهو الصحيح .

(قال المصنف : وقد ذكر معظم يمين التحالف) أقول : ونظيره ما سيجيء في باب التحالف من قوله عليه الصلاة والسلام « إذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع » (قال المصنف : وهو أظهر) أقول : وإنما كان أظهر لأن تصديق البائع لو رفع الخلاف وصار تصادقهما بمنزلة إنشاء العقد بقوله مع يمينه بلا فائدة .

(فصل في التوكيل بشراء نفس العبد)

أن يقول الإمام المحبوبي بعد ذلك هذا إذا تصادقا على الثمن ؟ ويمكن الجواب بأن التصديق في الثمن خلاف التخالف فيه ، فيصور بأن يتصادقا على تسمية الثمن المعين ، وبأن يتصادقا على عدم تسمية الثمن أصلا . وبالحملة يجوز أن يكون التصديق على الثمن من حيث تسمية الثمن ومن حيث تسميته ، والثاني هو المراد في قول الإمام المحبوبي .

(فصل في التوكيل بشراء نفس العبد)

لما كان شراء العبد نفسه من مولاه إعتاقا على مال لم يكن من مسائل فصل التوكيل بالشراء لكنه شراء صورة فناسب أن يذكر في فصل على حدة ، كذا في العناية وكثير من الشروح . واستشكله بعض الفضلاء بأن الكلام لا يتناول إلا للمسئلة الأولى إن أريد الشراء وكالة ، وإلا فللثانية لا غير فيحتاج إلى أن يكون تقدير الكلام في قوله لم يكن من مسائل لم يكن التوكيل به من مسائل الخ انتهى . أقول : ليس هذا بشيء ، إذ المراد بالشراء ما هو عام للشراء وكالة وللشراء أصالة فيتناول الكلام المسئلتين معا . وأما الاحتياج إلى أن يكون تقدير الكلام في قوله لم يكن التوكيل به من مسائل فصل التوكيل بالشراء فأمر ضروري على كل حال ، لأن المحذور أن لا يكون التوكيل به من مسائل فصل التوكيل بالشراء لأن يكون نفس شراء العبد نفسه من مسائل ذلك ، إذ نفس الشراء مطلقا ليس من مسائل التوكيل بالشراء قطعا . ثم أقول في استشكل ما في الشروح : التوجيه الذي ذكره لا يتناول المسئلة الثانية ، بل إنما يتمشى في المسئلة الأولى لأن شراء العبد نفسه من مولاه إنما يصير إعتاقا على مال أن لو كان شراؤه نفسه من مولاه لنفسه . وأما إذا كان لغيره فلا . والتوكيل في المسئلة الثانية إنما هو بشراء العبد نفسه من مولاه للموكل ، فإن وافق العبد أمر الأمر فشراؤه ليس بإعتاق على مال لا صورة ولا معنى بل هو شراء محض ، وإن خالف أمره فيكون شراؤه إعتاقا على مال ، ولا ينافي كون التوكيل في هاتيك المسئلة من مسائل فصل التوكيل بالشراء ، إذ المسئلة لا تتغير عن وضعها بمخالفة المأمور لأن الأمر كما في كثير من مسائل هذا الفصل وغيره . وأما التوكيل في المسئلة الأولى فلإنما هو بشراء رجل نفس العبد الموكل من مولاه لذلك العبد ، فإذا وافق وكيله أمره فاشترى نفسه من مولاه له يصير ذلك الشراء إعتاقا على مال معنى ، وإن كان شراء صورة فجرى توجيه المذكور في هذه المسئلة دون الأخرى فكان قاصرا . قال في النهاية ومعرّج الدراية : ثم إن الألف واللام في قول المصنف في التوكيل بشراء نفس العبد بدل الإضافة وتلك الإضافة المصدر إلى الفاعل والفاعل

(فصل في التوكيل بشراء نفس العبد)

لما كان شراء العبد نفسه من مولاه إعتاقا له على مال لم يكن من مسائل فصل التوكيل بالشراء لكنه شراء صورة فناسب أن يذكر في فصل على حدة . والتوكيل بشراء نفس العبد من مولاه على وجهين : أن يوكل العبد رجلا ليشتريه من مولاه وهو المسئلة الأولى . وأن يوكل العبد رجلا ليشتري نفسه من مولاه فالعبد في الأول موكل وفي الثاني وكيل ، وكلام المصنف يتناولهما يجعل الألف واللام بدلا من المضاف إليه ، وجعل المصدر مضافا إلى الفاعل أو المفعول وذكر أحدهما متروك مثل أن يقول

(فصل في التوكيل بشراء نفس العبد)

(قوله لما كان شراء العبد نفسه الخ) أقول : أي وكالة فيتناول المسئلتين ، إذ في الأولى شراء نفسه بوكيل ، وفي الثانية وكيل أيضا إلا أنه خالف أمر الموكل ، ولا يخفى عليك ما فيه ، بل لا يتناول الكلام إلا للمسئلة الأولى إن أريد الشراء وكالة ، وإلا فللثانية لا غير فيحتاج إلى أن يكون تقدير الكلام في قوله لم يكن من مسائل لم يكن التوكيل به من مسائل . والأظهر أن يقال : لما كان تصرف الوكيل في هذه الوكالة شراء على تقدير وإعتاقا على تقدير بخلاف غيره ناسب أن يذكر في فصل على حدة ، وفي قوله من مولاه إعتاقا على مال الخ مساهمة فإن الإعتاق إنما هو بيه من نفسه (قوله وكلام المصنف يتناولهما) أقول : أي على سبيل البدل (قوله وجعل المصدر الخ) أقول : والأولى أن يقدر المضاف إليه والمتروك كلاهما أمرا عاما مثل أن يقول في توكيل شخص شخصا أو أحد أحدا حتى يتناولهما كلام المصنف معا على أنه لا يحد

قال (وإذا قال العبد لرجل اشترى نفسى من المولى بألف ودفعها إليه ، فإن قال الرجل للمولى اشترته لنفسه فباعه على هذا فهو حرّ والولاء للمولى) لأن بيع نفس العبد منه إعتاق وشراء العبد نفسه قبول الإعتاق ببذل والمأمور سفير عنه إذ لا يرجع عليه الحقوق فصار كأنه اشترى بنفسه ، وإذا كان إعتاقاً أعقب الولاء (وإن لم يعين للمولى فهو عبد للمشتري)

هو العبد بالنظر إلى المسئلة الأولى : أى توكيل العبد الأجنبي بشراء نفسه والأجنبي بالنظر إلى المسئلة الثانية : أى توكيل الأجنبي العبد بشراء نفسه انتهى . وقال فى العناية : والتوكيل بشراء نفس العبد من مولاه على وجهين : أن يوكل العبد رجلاً ليشتره من مولاه وهو المسئلة الأولى ، وأن يوكل العبد رجلاً ليشترى نفسه من مولاه . فالعبد فى الأول موكل ، وفى الثانى وكيل . وكلام المصنف يتناولهما يجعل الألف واللام بدلاً من المضاف إليه ، وجعل المصدر مضافاً إلى الفاعل أو المفعول ، وذكر أحدهما متروك مثل أن يقول فى توكيل العبد رجلاً أو فى توكيل العبد رجلاً انتهى . أقول : تناول قول المصنف فصل فى التوكيل بشراء نفس العبد للمستلثين على كلا التقديرين إنما يكون على سبيل البذل وفى ذلك تعسف لا ينجى ، فالأوجه أن يقدر كل واحد من المضاف إليه والمتروك أمراً عاماً ، مثل أن يقال : فصل فى توكيل أحد آخر بشراء نفس العبد ليتناول عنوان هذا الفصل كل واحدة من المستلثين المذكورين فيه على سبيل الشمول لأعلى سبيل البذل (قال) أى محمد فى الجامع الصغير (وإذا قال العبد لرجل اشترى نفسى من المولى) أى من مولاه (بألف ودفعها) أى دفع العبد الألف (إليه) أى إلى الرجل الذى وكله (فإن قال الرجل) أى الوكيل (للمولى اشترته أى لنفس العبد (فباعه على هذا) أى فباع المولى ذلك العبد على هذا الوجه (فهو حرّ) أى فذلك العبد حرّ يعنى صار حرّاً (والولاء للمولى) أى ولاء ذلك العبد للمولى (لأن بيع نفس العبد منه) أى من العبد (إعتاق) أى إعتاق على مال ، والإعتاق على المال يتوقف على وجود القبول من المعتق ، وقد وجد ذلك كما أشار إليه بقوله (وشراء العبد نفسه قبول الإعتاق ببذل والمأمور سفير عنه) أى عن العبد حيث أضاف العقد إليه (إذ لا يرجع إليه الحقوق) أى لا يرجع إلى المأمور حقوق العقد ، لأنه متى أضاف العقد إلى العبد فقد جعل نفسه رسولا ، ولا عهدة على الرسول ، وإذا كان كذلك (فصار كأنه) أى العبد (اشترى) نفسه (بنفسه) أى بلا واسطة (وإذا كان إعتاقاً) أى وإذا كان بيع نفس العبد من العبد إعتاقاً لذلك العبد (أعقب الولاء) أى أعقب الولاء للمعتق فثبت أن العبد فى هذه الصورة صار حرّاً وكان ولاؤه للمولى (وإن لم يعين للمولى) أى وإن لم يقل الوكيل اشترى العبد لنفس العبد (فهو عبد للمشتري) يعنى صار ملكاً له

فى توكيل العبد رجلاً أو فى توكيل العبد رجلاً . قال (وإذا قال العبد لرجل الخ) إذا وكل العبد رجلاً بأن يشتري له نفسه من مولاه بألف درهم ودفعها إليه فلا يخلو إما أن يقول الرجل للمولى اشترته لنفسه أو لم يعينه ، فإن عينه فباعه المولى على ذلك فهو حرّ والولاء للمولى ، أما أنه حرّ فلا ن بيع العبد من نفسه إعتاق على مال والإعتاق على مال يتوقف على وجود القبول من المعتق وقد وجد ذلك ، لأن شراء العبد نفسه قبول منه للمعتق ببذل والمأمور سفير حيث أضاف العقد إلى موكله والحقوق لم ترجع إليه فصار كأن العبد اشترى نفسه بنفسه ، وأما أن الولاء للمولى فلا ن إذا كان إعتاقاً أعقب الولاء للمعتق ، وإن لم يعينه للمولى فهو عبد للمشتري ، لأن اللفظ حقيقة للمعاوضة والحقيقة يجب العمل بها مهما أمكن ، وقد أمكن إذا لم يعين فيحافظ اللفظ على الحقيقة . فإن قيل : لانسلم أن العمل بالحقيقة ممكن لأنه توكيل بشراء شيء بعينه فليس للوكيل أن يشتره لنفسه . فالجواب سياتى بخلاف شراء العبد نفسه فإن الحقيقة تعلزت ثمة فتعين المجاز ، وإذا كان معاوضة يثبت الملك له والألف للمولى لأنه كسب عبده وعلى المشتري ألف أخرى ثمناً للعبد ، فإنه أى الثمن فى ذمة المشتري لأن الأداء لم يصح . قال فى النهاية : وهذا ظاهر فيما إذا وقع الشراء للمشتري ، وأما إذا وقع الشراء للعبد نفسه حتى عتق هل يجب على العبد ألف أخرى ؟ قال الإمام قاضى خان فى الجامع الصغير : وفيما إذا بين الوكيل للمولى أن يشتريه للعبد هل يجب العبد ألف أخرى ؟ لم يذكر فى الكتاب ، وينبغى أن يجب لأن الأول مال المولى فلا يصلح بدلاً عن ملكه . قلت : وفى كلام المصنف ما يشير إليه ، فإنه جعل شراء نفسه

لأن اللفظ حقيقة للمعاوضة وأمكن العمل بها إذا لم يعين فيحافظ عليها . بخلاف شراء العبد نفسه لأن المجاز فيه متعين ، وإذا كان معاوضة يثبت الملك له (والألف للمولى) لأنه كسب عبده (وعلى المشتري ألف مثله) ثمنا للعبد فإنه في ذمته حيث لم يصح الأداء ، بخلاف الوكيل بشراء العبد من غيره حيث لا يشترط بيانه لأن العقد بين هناك على نمط واحد ، وفي الحالين المطالبة تتوجه نحو العاقد ، أما هاهنا فأحدهما إعتاق معقب للولاء ولا مطالبة على الوكيل والمولى عساه لا يرضاه ويرغب في المعاوضة المحضة فلا بد من البيان

(لأن اللفظ) أى لأن قوله اشترت عبدك بكذا (حقيقة للمعاوضة) أى موضوع للمعاوضة دون الإعتاق (وأمكن العمل بها) يعنى أن الحقيقة يجب العمل بها مهما أمكن وقد أمكن العمل بها (إذا لم يبين) أى إذا لم يعين فلم يقل اشترت عبدك لأجل نفسه (فيحافظ عليها) أى فيحافظ اللفظ على الحقيقة . فإن قيل : لانسلم أن العمل بالحقيقة ممكن هنا لأنه توكيل بشراء شيء بعينه فلمين للوكيل أن يشتريه لنفسه . قلنا : قد أتى الوكيل هاهنا بجنس تصرف آخر ، لأن ما وكل به كان من جنس الإعتاق على مال ، وما أتى به إنما هو من جنس الشراء المحض فكان مخالفا للأمر فينفذ عليه ، وستجىء الإشارة من المصنف إلى نظير هذا في المسئلة الثانية (بخلاف شراء العبد نفسه) حيث يجعل للإعتاق لتعذر العمل بالحقيقة (لأن المجاز) وهو كون الشراء مستعارا للإعتاق (فيه) أى في شراء العبد نفسه (متعين) لأن العبد ليس بأهل أن يملك مالا فصار شراؤه نفسه مجازا عن الإعتاق ، أو لأن نفس العبد ليست بمال في حقه حتى يملك نفسه ثم يعتق لأنه آدمى في حق نفسه حتى وجب الحد والقصاص عليه بإقراره ، والمال غير آدمى خلق لمصالح آدمى فلم يمكن العمل بالمعاوضة فجعل مجازا عن الإعتاق والمجوز معنى إزالة الملك فإن البيع يزيل الملك بعوض إلى آخر ، والإعتاق يزيله إلى آخر (وإذا كان معاوضة) يعنى إذا كان العقد معاوضة فيما إذا لم يعين للمولى (يثبت الملك له) أى للمشتري (والألف للمولى) أى والألف التى دفعها العبد إلى المشتري حين أن وكله تكون للمولى (لأنه كسب عبده وعلى المشتري ألف مثله) أى مثل ذلك الألف (ثمنا للعبد) قوله ثمنا نصب على التمييز : أى من جهة أنه ثمن للعبد (فإنه) أى الثمن (في ذمة) أى في ذمة المشتري (حيث لم يصح الأداء) لأن المشتري أدّى تلك الألف إلى المولى من كسب عبده وكسبه ملك المولى فلا يقع ثمنا . قال في النهاية : وهذا ظاهر فيما إذا وقع الشراء للمشتري ، وأما إذا وقع الشراء للعبد نفسه حتى عتق هل يجب على العبد ألف أخرى ؟ قال الإمام قاضيهان : وفيما إذا بين الوكيل للمولى أنه يشتريه للعبد هل يجب على العبد ألف أخرى ؟ لم يذكر في الكتاب . وينبغي أن تجب لأن الأول مال المولى فلا يصلح بدلا عن ملكه انتهى . وقال في العناية بعد نقل ذلك عن النهاية : قلت وفي كلام المصنف ما يشير إليه فإنه جعل شراء نفسه قبوله الإعتاق ببدل ، فلو لم يجب عليه ألف أخرى كان إعتاقا بلا بدل انتهى فتأمل (بخلاف الوكيل بشراء العبد من غيره) أى من غير العبد بأن يوكل أجنبي أجنبيا بشراء العبد من مولاه (حيث لا يشترط بيانه) أى بيان الشراء : يعنى لا يشترط على الوكيل أن يقول وقت الشراء اشترته لموكل في وقوع الشراء للموكل (لأن العقد بين) يعنى الذى يقع له والذى يقع للموكل (هناك) أى في تلك الصورة (على نمط واحد) أى على نوع واحد وهو المبايع ، والنمط النوع والطريقة أيضا (وفي الحالين) أى حال الإضافة إلى نفسه وحال الإضافة إلى موكله (المطالبة تتوجه نحو العاقد) فلا يحتاج إلى البيان (وأما هاهنا) أى فيما نحن فيه (فأحدهما) أى أحد العقدين (إعتاق معقب للولاء ولا مطالبة على الوكيل) أى لا مطالبة في الإعتاق على الوكيل لأنه سفير (والمولى عساه) أى لعله (لا يرضاه) أى لا يرضى الإعتاق لأنه يعقب الولاء وموجب الحناية عليه حينئذ فربما يتضرر به (ويرغب في المعاوضة المحضة) أى والمولى عساه يرغب في المعاوضة المحضة (فلا بد من البيان) اعلم أن قول المصنف ولا مطالبة على الوكيل على رواية كتاب الوكالة في باب الوكالة بالعتق ، فإن

قبوله الإعتاق ببدل ، فلو لم يجب عليه ألف أخرى كان إعتاقا بلا بدل ، وهذا (بخلاف الوكيل بشراء العبد من غير العبد) أن يزل التوكيل منزلة لازم (قوله كان إعتاقا بلا بدل) أقول : لأن الألف المؤدى ملك المولى قبل الإعتاق لكونه كسب عبده ولا يصلح ملكه بدلا عن ملكه .

(ومن قال لعبد اشترى نفسك من مولاك فقال لمولاه بعنى نفسى لفلان بكذا ففعل فهو للآمر) لأن العبد يصلح وكيفا عن غيره في شراء نفسه لأنه أجنبي عن ماليتة ، والبيع يردّ عليه من حيث أنه مال إلا أن ماليتة في يده حتى لا يملك البائع الحبس بعد البيع ،

محمد رحمه الله ذكر فيه أن العبد يعتق والمال على العبد دون الوكيل . وذكر في باب وكالة المأذون والمكاتب من كتاب الوكالة أن العبد يعتق والمال على الوكيل ، وهكذا في وكالة الجامع الكبير . وجه رواية الجامع أن توكله بشراء العبد للعبد كتوكله بشراؤه لغيره ، وهناك يصير هو المطالب بتسليم الثمن فكذا هاهنا . وعن عيسى بن أبان قال : الصحيح أن الثمن على العبد لأن الوكيل من جانب العبد في العتق سفير ومعبر ، فإنه لا يستغنى عن إضافة العقد إلى الأمر ، وليس إليه من قبض المعقود عليه شيء فلا تتوجه عليه المطالبة بتسليم البذل ، ألا يرى أن المولى لو كان هو الذى أمر الرجل ببيع نفس العبد من العبد بألف درهم إلى العطاء فباعه الوكيل بهذه الصفة يجوز البيع والألف عليه إلى ذلك الأجل ، والذى يلى قبض الألف هو المولى دون الوكيل فكذا هاهنا ، كذا ذكره الإمام المحبوبي (قال) أى محمد في الجامع الصغير (ومن قال لعبد اشترى نفسك من مولاك) هذه هي المسئلة الثانية من المسائلين اللتين يشملهما هذا الفصل . فن وكل عبدا بشراء نفسه من مولاه فلا يخلو إما أن يضيف العبد العقد إلى موكله أو إلى نفسه ، أو أطلق فإن أضافه إلى موكله (فقال لمولاه بعنى نفسى لفلان بكذا ففعل) أى ففعل المولى ذلك (فهو) أى العقد أو العبد (للآمر لأن العبد يصلح وكيفا عن غيره في شراء نفسه ، لأنه) أى العبد (أجنبي عن ماليتة) لأنها لمولاه ، حتى لو أقرّ بها لغيره لم يصح (والبيع يردّ عليه) أى على العبد (من حيث أنه مال) لا من حيث أنه آدمى فكان توكيله بشراء نفسه كتوكيله بغيره من أموال المولى أو كتوكيل أجنبي بشراء نفسه . قال شمس الأئمة : أما صحة هذا التوكيل فلأن العبد مخاطب له عبارة ملزمة كالحر ، وإنما يصلح الحر أن يكون وكيفا لغيره بالشراء باعتبار أن له عبارة صحيحة فكذلك العبد (إلا أن ماليتة في يده) استثناء من قوله لأنه أجنبي عن ماليتة : يعنى أن مالية العبد في يد نفسه (حتى لا يملك البائع الحبس بعد البيع) فإنه لو أراد البائع أن يحبس بعد

يعنى أن يوكل أجنبي أجنيا بشراء العبد من مولاه حيث لا يشترط على الوكيل أن يقول وقت الشراء اشترىته لموكلى لوقوع الشراء للموكل ؛ لأن العقد بين : يعنى الذى يقع له والذى للموكل من نوع واحد وهو المبايعه ، وفي الحالين : أى حال الإضافة إلى نفسه والإضافة إلى موكله تتوجه المطالبة نحو العاقد فلا يحتاج إلى البيان ، أما مانحن فيه فإن أحدهما إعتاق يعقب الولاء ولا مطالبة فيه على الوكيل لأنه سفير والمولى عساه لا يرضاه : أى لا يرضى الإعتاق لأنه يعقب الولاء وموجب الخناية عليه حينئذ وربما يتضرر به والآخر معاوضة محضة ، والمطالبة على الوكيل والمولى عساه يرغب في المعاوضة المحضة فلا بد من البيان ، وشبه المصنف عسى بكاد فاستعمله استعماله . وقوله (ولا مطالبة على الوكيل) هو رواية كتاب الوكالة في باب الوكالة بالعتق أن العبد يعتق والمال على العبد دون الوكيل . وذكر في باب الوكالة المأذون والمكاتب من كتاب الوكالة أن العبد يعتق والمال على الوكيل . وهكذا ذكر في وكالة الجامع الكبير . ووجهه أن توكله بشراء العبد للعبد كتوكله بشراؤه لغيره ، وهناك يصير هو المطالب بتسليم البذل فكذا هاهنا . ووجه الأول وهو الصحيح أن الوكيل من جانب العبد في عتقه سفير فإنه لا يستغنى عن إضافة العقد إلى الأمر وليس إليه من قبض المعقود عليه شيء فلا يتوجه عليه شيء من المطالبة بتسليم البذل . قال (ومن قال لعبد اشترى نفسك من مولاك الخ) هذه هي المسئلة الثانية . ومن وكل عبدا بشراء نفسه من مولاه فلا يخلو إما أن يضيف العقد إلى موكله أو إلى نفسه أو أطلق ، فإن أضافه إلى موكله بأن قال بعنى نفسى لفلان بكذا ففعل المولى ذلك فالعقد أو العبد للآمر ، لأن العبد يصلح وكيفا عن غيره في شراء نفسه لأنه أجنبي عن ماليتة لأنها لمولاه ، حتى لو أقرّ بها لغيره لم يصح ، وله عبارة ملزمة كالحر والبيع يردّ عليه من حيث أنه مال فكان توكيله بشراؤها كتوكيله بغيره من أموال المولى وكتوكيل أجنبي بشراء نفسه (إلا أن ماليتة) يعنى هو أجنبي عن ماليتة إلا أنها بيده ، حتى لو أراد المولى أن يحبس بعد البيع لاستيفاء الثمن لم يكن له ذلك لكونه كالمودع إذا اشترى

(قال المصنف : حتى لا يملك البائع الحبس) أقول : قال الزيلعي : لكونه قابضا لنفسه بمجرد العقد ، كالمودع إذا اشترى الوديعة لا يكون للبائع

البيع لاستيفاء الثمن لم يكن له ذلك لأن ماليتة في يده لكونه مأذونا له فصار كالمودع إذا اشترى الوديعة وهي بحضرته لم يكن للبائع حبسها (لاستيفاء الثمن) لكونها مسلمة إليه . قال تاج الشريعة : فإن قلت : الاحتراز عن هذا غير ممكن فلا يصير تسليمها يسقط حق الحبس ، كما قلنا إن قبض الوكيل ليس بقبض الموكل حتى يثبت للوكيل حق الحبس عندنا لعدم الاحتراز . قلت : الشرع لا يرد بالخال ، وكون المالية هاهنا في يد العبد أمر حسي لا مرد له ، وكون قبض الوكيل قبض الموكل أمر اعتباري فجاز أن لا يعتبر انتهى . أقول : كل واحد من سؤاله وجوابه منطوق فيه . أما السؤال فلأن قوله كما قلنا إن قبض الوكيل ليس بقبض الموكل في أثناء هذا السؤال محل بالمقصود ، لأن حاصل هذا السؤال أن التسليم الكائن فيما نحن فيه لا يسقط حق الحبس لأنه تسليم ضروري لا يمكن الاحتراز عنه ، وما هو كذلك فهو عفو لا يسقط حق الحبس كما مر في حبس الوكيل المبيع لاستيفاء الثمن ، وعلى تقدير أن لا يكون قبض الوكيل قبض الموكل لا يتحقق التسليم إلى الموكل هناك فلا يكون نظرا لما نحن فيه . فالوجه أن يقال : بدل ذلك كما قلنا في قبض الوكيل . وتوضيح المقام أن لنا قولين في قبض الوكيل على مامر : أحدهما أن قبض الوكيل قبض الموكل وتسليم إليه لكنه تسليم ضروري لا يمكن التحرز عنه فلا يسقط حق الحبس . وثانيهما أن قبض الوكيل ليس بقبض الموكل في ابتداء بل هو موقوف فيقع للموكل إن لم يحبس ولنفسه إن حبسه ، وصحة التنظير على القول الأول دون الثاني . وأما الجواب فلأن الفرق بين كون مالية العبد في يده وبين كون قبض الوكيل قبض الموكل بأن الأول أمر حسي لا مرد له ، والثاني أمر اعتباري ، فجاز أن لا يعتبر الثاني دون الأول مما لا يجدي طائلا في قطع مادة السؤال المذكور ، لأن خلاصته منع كون التسليم فيما نحن فيه مسقطا لحق الحبس بناء على كونه تسليما ضروريا لا يمكن الاحتراز عنه لامتنع تحقق التسليم فيما نحن فيه ، وكون مالية العبد مما لا مرد له إنما يدفع منع تحقق التسليم فيه لا منع كون التسليم فيه مسقطا لحق الحبس كما لا يخفى . وإنما تأثير الفرق المزبور بالنظر إلى ما أدرجه في أثناء السؤال المذكور من المقدمة المستدركة المحذرة بالمقصود كما عرفته لا بالنظر إلى ماهو المقصود . وقال صاحب العناية بعد أن ذكر ذلك السؤال والجواب : وفيه نظر ، فإن مالية العبد أمر اعتباري وكونها بيده كذلك ، وقبض الوكيل أمر حسي لا مرد له فكان الأمر بالعكس . والصواب أن يقال : القبض أمر حسي إذا قام بمكان

الوديعة وهي بحضرته لم يكن للبائع احتباسها لاستيفاء الثمن لكونها مسلمة إليه . فإن قلت : الاحتراز عن ذلك غير ممكن فلا يصير تسليما يسقط حق الحبس كما قلنا في قبض الوكيل أنه ليس بقبض الموكل حتى يثبت للوكيل حق الحبس عندنا لعدم الاحتراز . أجيب بأن كون مالية العبد في يده أمر حسي لا مرد له ، وكون قبض الوكيل قبض الموكل أمر اعتباري فجاز أن لا يعتبر ، وفيه نظر ، فإن مالية العبد أمر اعتباري وكونها بيده كذلك ، وقبض الوكيل أمر حسي لا مرد له فكان الأمر بالعكس . والصواب أن يقال : القبض أمر حسي إذا قام بمكان لا يجعل في غيره إلا بالاعتبار ، وجاز ترك الاعتبار إذا اقتضاه ضرورة ، وأما مالية العبد فإنها لا تنفك عن نفسه ، فإذا خرج نفسه عن ملك البائع وماليتة لا تنفك سلمت إليه ، ولا حبس بعد التسليم

حبس المبيع لوجود القبض بمجرد العقد سواء اشتراه لنفسه أو لغيره انتهى . وفي الكافي : والمبيع إذا كان في يد الوكيل بالشراء حاضرا في مجلس الشراء لا يكون للبائع حق الحبس لأنه بنفس العقد يصير مخرجا بين المبيع والمشتري فصار قابضا له بنفس الشراء وصار كالوديعة إذا اشتراها المودع لنفسه أو لغيره والوديعة حاضرة في مجلس البيع فإنه لا يكون لرب الوديعة حبسها بالثمن كذا هنا انتهى . ولعل ذكر حضور المبيع في مجلس الشراء ليتصور الحبس فإنه إذا كان في بيت المشتري دون مجلس العقد لا يتصور ذلك غالبا ، لا لأن الحضور شرط لعدم الحبس (قوله لكونها مسلمة إليه) أقول : يعنى بالتخلية (قوله كما قلنا في قبض الوكيل) أقول : يعنى في الفصل السابق (قوله للوكيل حق الحبس عندنا) أقول : خلافا لزفر (قوله أجيب بأن كون مالية العبد في يده أمر حسي) أقول : أي بمنزلة الأمر الحسي لأنه في يده حقيقة فلا هذا الجواب إلى ما استوجبه أيضا . ويمكن أن يجاب عن قوله فإن قلت الاحتراز الخ بوجه آخر وهو أن الحبس هنا يؤدي إلى حبس الوكيل والموكل به ولا نظير له ، بخلاف حبس الوكيل عن الموكل (قوله لا مرد له) أقول : أي للحبس (قوله فكان الأمر بالعكس) أقول : إنما يكون كذلك لو كان قبض الموكل أمرا حسيا لا مرد له .

فلماذا أضافه إلى الأمر صلح فعله امتثالا فيقع العقد للأمر .

لا يجعل في غيره إلا بالاعتبار ، وجاز ترك الاعتبار إذا اقتضاه ضرورة ، فأما مالية العبد فإنها لا تنفك عن نفسه ، فلذا أخرج نفسه عن ملك البائع وماليتها لا تنفك سلمت إليه ، ولا حبس بعد التسليم ، إلى هنا كلامه . أقول : في كل واحد من نظره وجوابه الذي استصوبه بحث . أما في الأول فلأن الأمر الحسى الذي لا مرد له إنما هو قبض الوكيل ، والذي عداه تاج الشريعة في جوابه أمرا اعتباريا إنما هو كونه قبض الوكيل قبض الموكل ، وأين هذا من ذلك فلم يكن الأمر بالعكس كما لا يخفى . وأما في الثاني فلأنه إن أراد بعدم انفكاك مالية العبد عن نفسه عدم انفكاكها عنها في نفس الأمر فهو مع كونه ممنوعا في نفسه مناف لما قاله سابقا في النظر من أن مالية العبد أمر اعتباري وكونها بيده كذلك ، وإن أراد بذلك عدم انفكاكها عنها في اعتبار أهل الشرع فليسائل أن يقول لم لا يجوز أن يترك أهل الشرع هذا الاعتبار عند اقتضاء الضرورة كما في قبض الوكيل ؟ على أن حاصل هذا الجواب أيضا الفرق بين قبض الوكيل وبين مالية العبد بأن الانفكاك جائز في الأول دون الثاني ، فتعين التسليم هاهنا دون الأول ، وهذا إنما يدفع منع تحقق التسليم هاهنا ، وقد عرفت أن خلاصة السؤال المذكور منع كون التسليم هنا مسقطا لحبس لا منع تحقق التسليم هاهنا ، فلا يتم ما ذكره جوابا عنه ، اللهم إلا أن يكون مراده الصواب في الفرق بين الصورتين أن يقال كما ذكره ، لا الصواب في الجواب عن أصل السؤال أن يقال كذا لكنه بعيد عن إبقاء حق المقام . والأشبه في تقرير ذلك السؤال وتعين الجواب عنه ما ذكره صاحب الكفاية حيث قال : فإن قيل : وقوع المالية في يد العبد ضروري لا يمكن الاحتراز عنه للمولى فكان كالوكيل له ولاية حبس المبيع عن الموكل وإن كانت يده كيد الموكل حكما لأنه لا يمكن الاحتراز عنه . قلنا : لا يمكن التحرز للوكيل عن هذا في جنس الوكالات ، ولكن يمكن للبائع التحرز عنه في جنس الوكالة بأن باع عبده لوكيل لا يشتري نفسه انتهى (فلماذا أضافه) أي أضاف العبد العقد (إلى الأمر صلح فعله امتثالا فيقع العقد للأمر) هذا نتيجة الدليل . تقريره أن العبد يصلح وكيلًا عن غيره في شراء نفسه لأنه مال ، وكل من صلح وكيلًا عن غيره في شراء مال إذا أضاف العقد إلى الأمر صلح فعله امتثالا ، فالعبد إذا أضافه إلى الأمر صلح فعله امتثالا فيقع العقد للأمر . ثم اعلم أن قوله في الكتاب ففعل فهو للأمر يشير إلى أن العقد يتم بقول المولى بعته ، وهو يخالف ما ذكر في الجامع من أن إضافة العقد إلى الموكل إنما تنفيده الملك إذا وجد الإيجاب من المولى والقبول من العبد ، حتى لو قال العبد بعني نفسي من فلان فقال بعته لا يتم العقد حتى يقول العبد قبلت ، وهذا بناء على أن الواحد لا يتولى طرفي البيع ، بخلاف ما إذا اشترى لنفسه كما سيأتي فإنه إعتاق على مال مقدر ، والواحد يتولى طرفي الإعتاق إذا كان المال مقدرا فيتم بقول المولى بعته مسبقا بقول العبد بعني نفسي . فلنقل : إذا أضاف العبد العقد إلى الأمر فمن المطالب بالثمن ؟ قلنا : العبد لأنه العاقد ، فيجب الثمن عليه إلا أنه يرجع به على الأمر . فلن قلنا : قد يكون العبد محجورا عليه ومثله لا ترجع إليه الحقوق . قلت : زال الحجر هاهنا بالعقد الذي باشره مع مولاه ، فإن المباشرة تستدعي تصوره صحة المباشرة وهو إذن

(قوله فلماذا أضافه إلى الأمر) نتيجة الدليل . تقريره : العبد يصلح وكيلًا عن غيره في شراء نفسه لأنه مال ، وكل من يصلح وكيلًا عن غيره في شراء مال إذا أضاف العقد إلى الأمر صلح فعله امتثالا ، فالعبد إذا أضافه إلى الأمر صلح فعله امتثالا فيقع العقد له قياسا على حرّ توكل بشيء وفعله . وقوله (ففعل فهو للأمر) يشير إلى أن العقد يتم بقول المولى بعته ، وهو يخالف ما ذكره في الجامع من أن إضافة العقد إلى الموكل إنما تنفيده الملك إذا وجد الإيجاب من المولى والقبول من العبد ، حتى لو قال للعبد بعني نفسي من فلان فقال بعته لا يتم العقد حتى يقول العبد قبلت بناء على أن الواحد لا يتولى طرفي العقد ، بخلاف ما إذا اشترى لنفسه كما يأتي فإنه إعتاق على مال مقدر والواحد يتولى طرفيه فيتم بقول المولى بعته مسبقا بقول العبد بعني نفسي . فلن قلنا : إذا أضاف إلى الموكل من المطالب بالثمن ؟ أجيب بأنه في ذمة العبد لكونه العاقد . فلن قلنا : قد يكون العبد محجورا عليه ومثله لا ترجع إليه الحقوق . أجيب بأن الحجر زال بالعقد الذي باشره مع مولاه فإن المباشرة تستدعي تصوره صحة المباشرة وهو إذن ، وإن أضافه إلى نفسه فقال بعني نفسي مني فقال المولى بعته فهو حرّ لأنه إعتاق لما تقدم وقد رضى به المولى دون المعاوضة .

(وإن عقد لنفسه فهو حر) لأنه إعتاق وقد رضى به المولى دون المعاوضة ، والعبد وإن كان وكيلًا بشراء شيء معين ولكنه أتى بجنس تصرف آخر وفي مثله ينفذ على الوكيل (وكذا لو قال بعني نفسي ولم يقل لفلان فهو حر) لأن المطلق يحتمل الوجهين فلا يقع امتثالا بالشك فيبقى التصرف واقعا لنفسه .

(وإن عقد لنفسه) أى إن أضاف العقد إلى نفسه فقال بعني نفسي منى فقال المولى بعث (فهو حر لأنه إعتاق) لما تقدم (وقد رضى به المولى) لأنه علم أن بيع العبد منه إعتاق (دون المعاوضة) أى لم يرض بها فلا يقع العقد للأمر . ولما استشعر أن يقال العبد وكيل بشراء شيء بعينه فكيف جاز له أن يشتري لنفسه . أجاب بقوله (والعبد وإن كان وكيلًا بشراء شيء معين ولكنه أتى بجنس تصرف آخر) وهو الإعتاق على مال فكان مخالفا (وفي مثله ينفذ على الوكيل) فإن الوكيل بشراء شيء بعينه إذا خالف فأتى بجنس تصرف آخر ينفذ العقد على الوكيل دون الموكل كما تقرر فيما مر (وكذا لو قال بعني نفسي ولم يقل لفلان) أى وكذا لو أطلق العبد العقد فقال بعني نفسي ولم يزد على ذلك (فهو حر لأن المطلق يحتمل الوجهين) يعنى الامتثال وغيره (فلا يقع امتثالا) أى فلا يعمل امتثالا (بالشك فيبقى التصرف واقعا لنفسه) أى لأن الأصل في التصرف أن يقع عن باشره . قال صاحب العناية : وعروض بأن اللفظ حقيقة للمعاوضة كما تقدم ، وإذا تردد اللفظ بين أن يحمل على حقيقته وعلى مجازه حمل على الحقيقة البتة . وأجيب بأن اللفظ للحقيقة إذا لم يكن ثمة قرينة للمجاز وقد وجدت فيما نحن فيه وهى إضافة العبد العقد إلى نفسه فإن حقيقته بالنسبة إليه غير متصورة ورضى المولى بذلك ، وإليه أشار بقوله وقد رضى به المولى دون المعاوضة انتهى . أقول : هذا الجواب مما لا يكاد يصح هاهنا لأن الكلام الآن إنما هو في مسألة الإطلاق عن المولى المولى الإضافة إلى نفسه وإلى الموكل والقرينة المذكورة إنما وجدت في مسألة الإضافة إلى نفسه ، وقول المصنف وقد رضى به دون المعاوضة إنما وقع فيها وقد تقدم ذكرها ، وليس ذلك بمورد الاعتراض ولا مساس لهذا الجواب بما نحن فيه أصلا . لا يقال : ليس المراد بالإضافة إلى نفسه التى عدت قرينة هاهنا الإضافة المارة في المسئلة المتقدمة الحاصلة من قوله بعني ، بل الإضافة الحاصلة من قوله نفسي في قوله بعني نفسي ، وهذه الإضافة موجودة في مسألة الإطلاق أيضا . لأننا نقول : هذه الإضافة لاتصلح أن تكون قرينة للمجاز ،

لأن قيل : العبد وكيل بشراء شيء بعينه فكيف جاز له أن يشتري لنفسه ؟ أجاب بقوله لكنه أتى بجنس تصرف آخر وهو الإعتاق على مال فكان مخالفا فينفذ عليه كما تقدم ، وإن أطلق فقال بعني نفسي ولم يزد على ذلك فهو حر لأن المطلق يحتمل الوجهين : الامتثال وغيره ، فلا يعمل امتثالا بالشك فيبقى التصرف واقعا لنفسه لأن الأصل في التصرف أن يقع عن باشره . وعروض بأن اللفظ حقيقة للمعاوضة كما تقدم ، وإذا تردد اللفظ بين أن يحمل على حقيقته وعلى مجازه حمل على الحقيقة البتة . وأجيب بأن اللفظ للحقيقة إذا لم تكن ثمة قرينة للمجاز وقد وجدت فيما نحن فيه وهى إضافة العبد العقد إلى نفسه فإن حقيقته بالنسبة إليه غير متصورة ورضى المولى بذلك ، وإليه أشار بقوله وقد رضى به المولى دون المعاوضة . لا يقال : فعلى هذا لا يكون قوله لأن المطلق يحتمل الوجهين صحيحا . لأننا نقول : الاحتمال إنما هو من حيث إطلاق اللفظ وذلك لا يحتمل الإنكار والترجيح من حيث الإضافة إلى نفسه وهى خارجة عن مفهوم اللفظ .

(قوله فينفذ عليه كما تقدم) أقول : يعنى في الفصل السابق (قوله وهى إضافة العبد للعقد الخ) أقول : فيه أن الكلام في الإطلاق عن الإضافة إلى نفسه وإلى الموكل (قوله ورضى المولى بذلك) أقول : إن أراد رضى المولى مطلقا فسلم لكن لا يصح أن يكون دافعا للمعنى الحقيقي ، وإن أراد رضاه به دون المعاوضة فهو مسلم لأن رضاه بالإعتاق دون المعاوضة إنما يصح أن لو تبين المعنى المجازى إذا أطلق وهل النزاع إلا فيه (قوله بذلك) أقول : أى بالمعنى المجازى (قوله لأننا نقول الاحتمال إنما هو الخ) أقول : فيه أن المعنى الحقيقي متعين من حيث اللفظ إذا قطع النظر عن القرينة (قال المصنف : وكذا لو قال بعني نفسي الخ) أقول : لا يقال البيع حقيقة فيه والمتق مجاز فينبغى أن يحمل على الحقيقة عند التردد ، إذ الحمل على الحقيقة هو الأصل بالاتفاق . ولأننا نقول : الأصل أن الإنسان يتصرف لنفسه فيتعارض الأصلان فتساقطا فيرجع إلى غرض المولى ، فإنه لما اختلف التصرفان والظاهر أن المولى يريد الإعتاق إذ بيع العبد من نفسه مطلق إعتاق ، واقتصراره على إضافته إلى نفسه دليل عليه ولا يرضى بمخرجه عن ملكه إلا إلى الحرية ليثبت له الولاء .

(فصل في البيع)

قال (والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز له

إذ لاشك أن مجرد قوله بعني نفسي لا ينافي المعاوضة ، بل يحتمل أن يراد به بيع نفسه من نفسه وهو الإعتاق على مال وبيع نفسه لغيره ، وهو المعاوضة ، بل الثاني هو الظاهر نظرا إلى الحقيقة : وقال صاحب العناية : لا يقال فعلى هذا لا يكون قوله لأن المطلق يحتمل الوجهين صحيحا . لأننا نقول : الاحتمال إنما هو من حيث إطلاق اللفظ ، وذلك لا يحتمل الإنكار والترجيح من حيث الإضافة إلى نفسه وهي خارجة عن مفهوم اللفظ انتهى . أقول : هذا أيضا ليس بصحيح إذ لإضافة إلى نفسه فيما نحن فيه ، لأن وضعه فيما أطلق ولم يصف إلى أحد فكيف يتصور الترجيح فيه من حيث الإضافة إلى نفسه . وأيضا إن أراد بقوله وهي خارجة عن مفهوم اللفظ أنها خارجة عن مفهوم مجموع اللفظ الصادر عن العبد في هذه الصورة وهو قوله بعني نفسي فأين توجد الإضافة إلى نفسه حتى تكون قرينة للمجاز ؟ وإن أراد بذلك أنها خارجة عن مفهوم بعض اللفظ الصادر عنه فيها ، وهو قوله بعني فقط فلا يجدي شيئا ، لأن وضع المسئلة في الإطلاق مجموع ما صدر عن العبد ، إذ به تتماز هذه الصورة عن صورتها الإضافة فلا بد من خروج قيد الإضافة عن مجموع ذلك حتى يوجد الإطلاق المفروض ويصح الاحتمال المذكور . وبالحملة لاحاصل لهذا الجواب ولا مطابقة فيه لما في الكتاب كما لا يخفى على ذوى الألباب . والجواب الصحيح عن أصل المعارضة ما ذكره صاحب النهاية والكفاية حيث قال : فإن قيل ينبغي أن يقع الشراء للموكل عند الإطلاق لأن اللفظ لحقيقته في الأصل ، فلما تردد بين الحقيقة والمجاز ينبغي أن يحمل على الحقيقة كما هو الأصل ، وفيما نحن فيه لو وقع الشراء لموكله كان الشراء معمولا على حقيقته وهي المعاوضة ، ولو وقع للعبد كان معمولا بمجازه لأنه غير موضوع للإعتاق بل هو موضوع للمعاوضة . قلنا : عارضت جهة أصالة الحقيقة جهة أصالة أخرى وهي أن الأصل في تصرف الإنسان أن يقع لنفسه ثم رجحنا هذه الجهة بحسب مقصود البائع ظاهرا وهو أن لا يفوت ولاء العبد منه ، فإنه على تقدير وقوع الشراء للموكل يفوت هذا الغرض ، أو نقول : لما وقع التعارض بين الأصلين رجحنا جانب الإعتاق لأنه تصرف مندوب إليه ، والمعاوضة مباحة محضة انتهى .

(فصل في البيع)

لما فرغ من بيان أحكام التوكيل بالشراء شرع في بيان أحكام التوكيل بالبيع ، وما ذكر لتقديم فصل الشراء ثم فهو وجه تأخير فصل البيع هنا ، كذا في الشروح . أقول : لقائل أن يقول : قد ذكر في هذا الفصل كثير من أحكام التوكيل بالشراء ، ولم يذكر ذلك في الفصل المتقدم : منها قوله والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز أن يعقد مع أبيه وجده الخ ، فإن الحكم فيه حكم مشترك بين التوكيل بالبيع والتوكيل بالشراء . ومنها قوله والتوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس في مثلها ، ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله فإن الحكم فيه حكم التوكيل بالشراء . ومنها قوله وإن وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف الخ ، فإن الحكم فيه أيضا حكم التوكيل بالشراء ؛ فقولهم لما فرغ من بيان أحكام التوكيل بالشراء شرع في بيان أحكام التوكيل بالبيع محل مناقشة . ويمكن الجواب بنوع عنائية فتأمل (قال) أي القدوري في مختصره (والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز له

(فصل في البيع)

لما فرغ من بيان أحكام الشراء بأنواعه ذكر أحكام التوكيل بالبيع ، وما ذكر لتقديم الشراء ثم فهو وجه تأخير فصل البيع . قال (والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز له

(فصل في البيع)

(قال المصنف : والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز له

أن يعقد مع أبيه وجده ومن لا تقبل شهادته له عند أبي حنيفة . وقالوا : يجوز بيعه منهم بمثل القيمة إلا من عبده أو مكاتبه)

أن يعقد مع أبيه وجده ومن لا تقبل شهادته له) أى وسائر من لا تقبل شهادته له كولده وولد ولده وزوجته وعبيده ومكاتبه ، صرح القدورى في مختصره بهذه الأمثلة ، إلا أن المصنف قصد الإجمال فقال بدلتها : ومن لا تقبل شهادته له . قال الشارح العيني في تمثيل قوله ومن لا تقبل شهادته له مثل ابنه وأخيه . أقول : في تمثيله الثانى خبط ظاهر ، فإنه تقبل شهادة الأخ لأخيه بلا خلاف كما مر في كتاب الشهادة (عند أبي حنيفة رحمه الله) والمراد بعدم جواز البيع والشراء مع هؤلاء عند أبي حنيفة عدم جواز ذلك عنده في مطلق الوكالة . وأما إذا قيد الوكالة بعموم المشيئة بأن قال بيع بمن شئت فيجوز بيعه وشراؤه مع هؤلاء بلا خلاف ، بخلاف البيع من نفسه أو من ابن صغير له حيث لا يجوز وإن قال ذلك ، كذا صرح به في المبسوط ، ونقل عنه في النهاية ومعراج الدراية (وقالوا : يجوز بيعه منهم بمثل القيمة) قال بعضهم : تخصيص البيع بالذكر من قبيل الاكتفاء بذكره من الشراء وإلا ففيه خلاف أيضا . وقال صاحب النهاية : خص قوله في الكتاب في حق جواز البيع منهم بمثل القيمة ، وكذلك في شرح الطحاوى فكان فيه إشارة إلا أنه لا يجوز عندهما أيضا في الغبن اليسير ، وإلا لم يكن لتخصيص مثل القيمة فائدة . ولكن ذكر في الذخيرة أن البيع منهم بالغبن اليسير يجوز عندهما فكان الغبن اليسير ملحقا بمثل القيمة على ذلك التقدير فقال فيها الوكيل بالبيع إذا باع بمن لا تقبل شهادته له إن كان بأكثر من القيمة يجوز بلا خلاف ، وإن كان بأقل من القيمة بغبن فاحش لا يجوز بالإجماع ، وإن كان بغبن يسير لا يجوز عند أبي حنيفة ، وعندهما يجوز ، وإن كان بمثل القيمة ، فعن أبي حنيفة روايتان ، في رواية الوكالة والبيع لا يجوز ، وفي رواية المضاربة يجوز ، وبيع المضارب وشراؤه ممن لا تقبل شهادته له بغبن يسير لا يجوز عند أبي حنيفة ، وبيعه منه بأكثر من القيمة وشراؤه منه بأقل من القيمة يجوز بلا خلاف ، وبمثل القيمة يجوز عندهما ، وكذلك عند أبي حنيفة باتفاق الروايات . فأبو حنيفة فرق على رواية الوكالة والبيع بين المضارب وبين الوكيل انتهى كلامه . فإن قيل : ما وجه الفرق لأبي حنيفة على هذه الرواية بين المضارب والوكيل حيث جاز بيع المضارب من هؤلاء بمثل القيمة ظهر الربح أو لم يظهر مع أن له قبل ظهور الربح حكم الوكيل . أجيب بأن وجهه أن المضارب أعم تصرفا من الوكيل فقد يستبد بالتصرف على وجه لا يملك رب المال نهيه ، وقد يكون ثابا محضا في بعض الأحوال فلشبهه بالمستبد بالتصرف جاز تصرفه مع هؤلاء بمثل القيمة ، ولشبهه بالنائب لم يميز تصرفه معهم بغبن يسير ، فأما الوكيل فثائب محض في تصرف خاص فيكون منهما في تصرفه مع هؤلاء في حق الموكل وإن كان بمثل القيمة (إلا من عبده أو مكاتبه) فإنه لا يجوز عندهما أيضا ، قيد في المبسوط بقوله إلا من عبده الذى

أن يعقد مع أبيه وجده الخ) إذا وكل شخصا بالبيع أو الشراء أو بهما لا يجوز له أن يعقد مع من لا تقبل شهادته له إذا كانت مطلقة عن التقييد بعموم المشبه عند أبي حنيفة رحمه الله بمثل القيمة (وقالوا : يجوز بيعه منهم بمثل القيمة إلا من عبده أو مكاتبه) وعبارة الكتاب تدل على أن البيع منهم بغبن يسير لا يجوز ، وهو المذكور في شرح الطحاوى . وذكر في الذخيرة أن ذلك يجوز عندهما فكان الغبن اليسير على ذلك التقدير ملحقا بمثل القيمة ، ولا بد من تقرير الأحوال قبل الدلائل فنقول : عقد الوكيل بالبيع والشراء مع من لا تقبل شهادته له إن كان بأكثر من القيمة في البيع وبأقل منها في الشراء فهو جائز بلا خلاف وعكسه غير جائز كذلك ، وبغبن يسير كذلك على ما ذكر في الكتاب وشرح الطحاوى ،

أن يعقد مع أبيه وجده الخ) أقول : إذا كان البيع منهم بدين يسير لا يجوز على ما ذكر في شرح الطحاوى موافقا لما في الهداية ، وذكر في الذخيرة أن ذلك يجوز عندهما وهو مقتضى الدليل المذكور في الكتاب (قوله عند أبي حنيفة بمثل القيمة) أقول : متعلق بقوله أن يعقد (قال المصنف : وقالوا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة) أقول : تخصيص البيع بالذكر من قبيل الاكتفاء بذكره من الشراء ، وإلا ففيه خلاف كما يعلم من الشروح (قوله وعبارة الكتاب) أقول : المراد منه قوله بمثل القيمة (قوله يدل على أن البيع منهم بغبن يسير لا يجوز) أقول : إلا أن دليلهما يقتضى جوازه ، فالظاهر حل ما في الكتاب على رواية الذخيرة وإلحاق الغبن اليسير بمثل القيمة (قوله وعكسه غير جائز) أقول : يعنى بغبن فاحش (قوله كذلك) أقول : يعنى بلا خلاف ..

لأن التوكيل مطلق ولا تهمته إذ الأملاك متباينة والمنافع منقطعة ، بخلاف العبد لأنه يبيع من نفسه لأن مافي يد العبد للمولى ،

لادين عليه لأن كسبه ملك مولاه فبيعه منه كبيعه من نفسه ، فكان فيه إشارة إلى أنه لو كان عليه دين يجوز بيعه منه عند تعميم المشبه ، كذا في النهاية ومعراج الدراية . قال بعض الفضلاء : فيه تأمل ، فإن العبد الذي عليه دين يحيط بما في يده ملك لمولاه عند أبي يوسف ومحمد فلا يظهر للتقييد فائدة انتهى . أقول : نعم إن العبد الذي عليه دين يحيط بماله ورقبته بملك مولاه مافي يده عندهما إلا أنه يتعلق به حق الغرماء ، حتى لو أعتق مولاه من كسبه عبدا لاعتق . ففائدة التقييد تظهر بناء على تعلق حق الغرماء بما عند أبي حنيفة فلا يملك مولاه ما في يده ؛ ولو أعتق من كسبه عبدا لاعتق . ففائدة التقييد تظهر بناء على تعلق حق الغرماء بما في يده عندهما أيضا حتى يصير مولاه ممنوعا عن أن ينزعه من يده ، ولهذا جاز بيع العبد المأذون الذي عليه دين من مولاه شيئا من أكسابه ويبيع مولاه منه شيئا من أمواله عندهم جميعا ولم يجز بيع العبد المأذون الغير المديون شيئا من مولاه ولا يبيع مولاه شيئا منه عندهم أصلا ، وسينكشف ذلك كله في كتاب المأذون ، فقوله في المبسوط لأن كسبه ملك مولاه فبيعه منه كبيعه من نفسه معناه أن كسبه ملك خالص لمولاه لم يتعلق به حق الغير فبيعه منه كبيعه من نفسه ، بخلاف العبد المديون . قال المصنف في تعليل ما ذكر في الكتاب من جانبهما (لأن التوكيل مطلق) أى عن التقييد بشخص دون آخر ، والمطلق يعمل بإطلاقه فكان المقتضى موجودا والمنافع منتفى ، لأن المانع هو التهمة (ولا تهمه هاهنا) لأنها إما أن تكون من حيث إثارة العين أو من حيث إثارة المالية وليس شيء منهما موجود ؛ أما الأول فلما ذكره بقوله (إذ الأملاك متباينة) ألا يرى أنه يحل للابن وطء جارية نفسه ولا يحل له وطء جارية أبيه ، ولو لم يكن ملكه متباينا عن ملك أبيه لكانت جاريته جارية مشتركة ولما حل له وطؤها كما لا يحل له وطء جارية أبيه (والمنافع منقطعة) لأن تباين الأملاك يوجب انقطاع المنافع ، وإذا كان الأمر كذلك فلا نفع له من حيث إثارة العين فلا تهمه . وأما الثاني فلأن التقدير بمثل القيمة ينفيه ، فإذا وجد المقتضى وانتفى المانع وجب القول بالجواز كما في البيع من الأجنبي (بخلاف العبد) يعنى الذى لادين عليه لما عرفت (لأنه يبيع من نفسه) أى لأن يبيع الوكيل من مثل ذلك العبد يبيع من نفسه (لأن ما في يد العبد) أى ما في يد مثل ذلك العبد (للمولى) أى ملك خالص للمولى لاحق فيه للغير ، فصار البيع

وعلى ما ذكر في الذخيرة جائز عندهما ، وبمثل القيمة عندهما جائز باتفاق الروايات ، غير جائز عند أبي حنيفة في رواية الوكالة والبيع وهو المذكور في الكتاب ، وفي رواية المضاربة جائز . إذا عرف هذا فالدليل على المذكور في الكتاب في جانبهما قوله لأن التوكيل مطلق : أى عن التقييد بشخص دون آخر والمطلق يعمل بإطلاقه فكان المقتضى موجودا والمنافع منتفى ، لأن المانع هو التهمة ولا تهمه هاهنا ؛ لأنها إما أن تكون من حيث إثارة العين أو المالية وليس شيء منهما موجود . أما الأول فلأن الأملاك متباينة حيث يحل للابن وطء جارية نفسه ولو لم يكن ملكه متباينا عن ملك أبيه لكانت جاريته مشتركة ، ولما حل له وطؤها ولا يحل له وطء جارية أبيه والمنافع منقطعة فإن تباين الأملاك يوجب انقطاع المنافع . وأما الثاني فلأن التقدير بمثل القيمة ينفيه ، وإذا وجد المقتضى وانتفى المانع وجب القول بالجواز كما في البيع من الأجنبي ، وإنما لم يجز من عبده : يعنى الذى لا دين عليه

(قوله والمطلق يعمل بإطلاقه) أقول : صرح الشارح في كتاب الرجوع عن الشهادة بأن الإطلاق ككلمة كل فتذكر (قوله لأنها إما أن تكون من حيث إثارة العين الخ) أقول : أى من حيث إثارة هؤلاء بالعين أو بالمالية فيه بحث ، بل الظاهر أن المراد بإثارة نفسه بأسرها (قوله أما الأول فلأن الأملاك متباينة الخ) أقول : فلا نفع له في إثارة العين فلا تهمه (قوله ولا يحل له وطء جارية أبيه) أقول : فيه بحث (قوله وأما الثاني فلأن التقدير الخ) أقول : ولأنه إثارة لنفسه بالمالية ، ثم إن المفهوم من تعليله أنه لو لم يقدر بمثل القيمة لوجد إثارة المالية لنفسه وليس كذلك ، ولا مجال لحمل كلامه على إثارة من ترد شهادته له كما هو مقتضى تقدير بعض الشروح وهو الظاهر ، لأن قوله وليس شيء منها موجود يمنع عن الحمل عليه . والجواب أن المراد من قوله وليس شيء منها : أى التهمتين من تينك الحثييتين فتأمل .

وكذا للمولى حق في كسب المكاتب وينقلب حقيقة بالعجز . وله أن مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات ، وهذا موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة ولأن المنافع بينهم متصلة فصار بيعا من نفسه من وجه ، والإجارة والصرف على هذا الخلاف .

منه بيعا من نفسه ، والبيع من نفسه غير جائز لأن الواحد إذا تولى طرفي البيع كان مستريدا مستنقصا قابضا مسلما مخاصما مخاصبا في العيب ، وفيه من التضاد مالا ينجى (وكذا للمولى حق في كسب المكاتب) حتى لاتصح تبرعاته ولا تزويج عبده (وينقلب حقيقة بالعجز) يعني وقد ينقلب حق المولى في كسب المكاتب إلى حقيقة الملك بعجز المكاتب عن أداء بدل الكتابة فصار كالعبد (وله) أى ولأبي حنيفة (أن مواضع التهمة مستثناة من الوكالات) يعني سلمنا أن التوكيل مطلق لكن مواضع التهمة مستثناة من الوكالات لأنها شرعت للإعانة فكانت مواضع أمانة (وهذا) أى ما نحن فيه (موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة) أى فيما بينهم (ولأن المنافع بينهم متصلة) لأن كل واحد منهم ينتفع بما للآخر عادة فصار مال كل واحد منهم كمال صاحبه من وجه (فصار) أى بيع الوكيل من هؤلاء (بيعا من نفسه من وجه) فكان فيه تهمة إثارة العين . قال صاحب العناية في شرح دليل أبي حنيفة هاهنا : ولأبي حنيفة القول بالموجب . أقول : ليس الأمر كذلك ، لأن القول بالموجب على ما تقرر في كتب الأصول التزام ما يلزمه المعلل مع بقاء الخلاف ، وهاهنا ليس كذلك لأن حاصل التعليل المذكور من قبلهما أن التوكيل مطلق والتهمة منتفية لتباين الأملاك وانقطاع المنافع . وحاصل ما ذكر من قبله أن التهمة متحققة والمنافع متصلة ، والظاهر أن مال هذا منع لما علل به من قبلهما لا تسليم والتزام ، فلم يكن له من القول بالموجب في شيء . نعم فيه تسليم لمقدمة واحدة من التعليل المذكور وهى أن التوكيل مطلق لكن لا يتم بها وحدها مطلوبهما فلا يكون تسليمها تسليما للتعليل المذكور من قبلهما كما لا يخفى . قال المصنف (والإجارة والصرف على هذا الخلاف) يعني أن الوكالة بالإجارة والصرف على هذا الخلاف المذكور ، وإنما خصهما بالذكر لأن الإجارة شرعت على خلاف القياس ، لأن المعقود عليه وهو المنافع معدومة ، والصرف مشروط بشروط عرى عنها غيره فكانا مما يظن عدم جوازه مع هؤلاء بالإجماع ، فبين أن الحكم فيهما كالحكم فيما سواهما ، كذا في الشروح . أقول : السلم أيضا شرع على خلاف القياس وله شروط مخالفة للغير ، فكان الأحسن أن يذكره المصنف معهما ، كما قال في المختلف حيث

لأنه بيع من نفسه ، لأن ما في يد العبد لمولاه ، والبيع من نفسه غير جائز لأن الواحد إذا تولى طرفيه كان مستريدا مستنقصا قابضا مسلما مخاصما مخاصبا في العيب ، وفي ذلك من التقابل الذى لا يتحقق قيام مقابليه بمحل واحد في حالة واحدة ، وكذا للمولى حق في أكساب المكاتب حتى لاتصح تبرعاته ولا تزويج عبده وينقلب حقيقة بالعجز فصار كالعبد . ولأبي حنيفة رحمه الله القول بالموجب : يعني سلمنا أن التوكيل مطلق ، لكن مواضع التهمة مستثناة من الوكالات لأنها شرعت للإعانة فكانت موضع أمانة ، وهى موجودة هاهنا بدليل عدم قبول الشهادة ، ولأن المنافع بينهم متصلة فصار بيعا من نفسه من وجه فكان فيه تهمة إثارة العين . فإن قيل : ما الفرق لأبي حنيفة رحمه الله في تجويز بيع المضارب من هؤلاء بمثل القيمة ظهر الربح أو لم يظهر مع أن له قبل ظهوره حكم الوكيل ؟ أجيب بأن المضارب أعم تصرفا من الوكيل ، فقد يستبد بالتصرف على وجه لا يملك رب المال نهيه ، كما إذا صار المال عروضاً فجاز أن يجوز تصرفه مع هؤلاء نظرا إلى جهة استبداده ، والإجارة والصرف على هذا الخلاف ؛ وإنما خصهما بالذكر لأن الإجارة شرعت على خلاف القياس والصرف مشروط بشروط عرى

(قوله يعني الذى لا دين عليه) أقول : فيه تأمل ، فإن العبد الذى عليه دين محيط بما في يده ملك لمولاه عند أبي يوسف ومحمد فلا يظهر للتقييد فائدة (قوله لأن الواحد إذا تولى طرفيه الخ) أقول : ولأن فيه مانع التهمة وهو إثارة العين ، لكن ما ذكره الشارح أعم حيث ينشأ جوازه وإن صرح به الموكل ، إلا أنه بقي فيه بحث لأن الأب والوصى يتوليان طرفي العقد كما إذا اشترى الأب مال ولده الصغير لنفسه أو باع ماله منه ، وكذا الوصى ، إلا أن يقال تعدد الجهة يجوز للاجتماع فليتأمل (قوله وفي ذلك من التقابل الذى لا يتحقق قيام مقابليه) أقول : الضمير في قوله مقابليه راجع إلى التقابل (قوله وهى موجودة هاهنا) أقول : قوله وهى راجع إلى التهمة في قوله لكن مواضع التهمة مستثناة (قال المصنف : ولأن المنافع بينهم متصلة) أقول : هذا الدليل لا يجرى في الأخير .

قال (والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عند أبي حنيفة رحمه الله . وقالوا : لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فيه ، ولا يجوز إلا بالدرهم والدنانير) لأن مطلق الأمر يتقيد بالمتعارف لأن التصرفات لدفع الحاجات فتتقيد بمواقعها ، والمتعارف البيع بضمن المثل والنقود ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الفحم والحمد والأضحية بزمان الحاجة ، ولأن البيع بغبن فاحش بيع من وجه هبة من وجه ، وكذا المقايضة بيع من وجه شراء من وجه فلا يتناول مطلق اسم البيع ولهذا لا يملكه الأب والوصي . وله أن التوكيل بالبيع مطلق فيجوز على إطلاقه في غير موضع التهمة ،

قال فيه بعد بيان الخلاف المذكور : والسلم والصرف والإجارة على هذا الخلاف (قال) أي القُدوري في مختصره (والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عند أبي حنيفة) ويجوز بيعه بأجل غير متعارف أيضا عنده ، صرح به في الذخيرة وغيرها ، ولقب هذه المسئلة الوكيل بالبيع مطلقا يملك البيع بما عَزَّ وهان وبأى من كان وإلى أى أجل كان متعارفا وغير متعارف كذا قالوا (وقالوا) أي أبو يوسف ومحمد رحمهما الله (لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فيه) أي لا يجوز بيعه بغبن فاحش ويجوز بغبن يسير (ولا يجوز إلا بالدرهم والدنانير) أي لا يجوز إلا بالنقود ، وكذا لا يجوز بيعه عندهما إلا بأجل متعارف . قال في الذخيرة : وإذا باع بأجل متعارف فيما بين التجار في تلك السلعة جاز عند علمائنا ، وإن باع بأجل غير متعارف فيما بين التجار في تلك السلعة بأن باع مثلا إلى خمسين سنة أو ما أشبه ذلك فعلى قول أبي حنيفة يجوز ، وعلى قول أبي يوسف ومحمد لا يجوز وقال : إنما يجوز البيع بالنسيئة إذا لم يكن في لفظه ما يدل على البيع بالنقد ، فأما إذا كان في لفظه ما يدل على البيع بالنقد لا يجوز البيع بالنسيئة نحو أن يقول بع هذا العبد فاقض ديني ، أو قال بع فلان الغرماء بلازموتى ، أو قال بع فلانى أحتاج إلى نفقة عيالى فى هذه الصور ليس له أن يبيع بالنسيئة انتهى . قال المصنف في تحليل ما ذكر في الكتاب من جانبها (لأن مطلق الأمر يتقيد بالمتعارف) أي بما هو متعارف بين الناس (لأن التصرفات لدفع الحاجات فتتقيد بمواقعها) أي فتتقيد التصرفات بمواقع الحاجات (والمتعارف البيع بضمن المثل والنقود ولهذا) أي ولأجل تقيد التصرفات بمواقعها (يتقيد التوكيل بشراء الفحم) وفي بعض النسخ اللحم مكان الفحم ، لكن الفحم أليق لقران قوله بزمان الحاجة ، إذ كل الأزمان زمان الحاجة إلى اللحم ، كذا في النهاية ومعراج الدراية (والحمد) بسكون الميم لا غير هو ما جاز من الماء فكان فيه تسمية للاسم بالمصدر ، كذا في الصحاح والذخيرة (والأضحية بزمان الحاجة) متعلق بـ يتقيد : أي يتقيد التوكيل بشراء هذه الأمور بزمان الحاجة فيتقيد التوكيل بشراء الفحم بأيام البرد ، وبشراء الحمد بأيام الصيف ، وبشراء الأضحية بأيام النحر أو قبلها ، كل ذلك من تلك السنة ، حتى لو اشترى ذلك في السنة الثانية لم يلزم الأمر (ولأن البيع بغبن فاحش بيع من وجه) وهو ظاهر (وهبة من وجه) ولهذا لو حصل من البريض كان معتبرا من الثلث ، والأب والوصي لا يملكانه ، وهو وكيل بالبيع دون الهبة (وكذا المقايضة) أي البيع بالعرض (بيع من وجه وشراء من وجه) لأنه من حيث أن فيه إخراج السلعة من الملك بيع ، ومن حيث أن فيه تحصيل السلعة في الملك شراء (فلا يتناول) أي فلا يتناول البيع بغبن فاحش وبيع المقايضة (مطلق اسم البيع ولهذا لا يملكه الأب والوصي) لأن المطلق ينصرف إلى الكامل (ولأبي حنيفة أن التوكيل بالبيع مطلق) أي غير مقيد بشيء (فيجوز) أي يجري المطلق (على إطلاقه في غير موضع التهمة) فيتناول كل ما يطلق عليه البيع . قال صاحب العناية في شرح هذا المقام : ولأبي حنيفة القول بالموجب : أي سلمنا أن

عنها غيره فكان مما يؤهم جوازهما مع هؤلاء ، فبين أن الحكم فيهما كهو فيما سواهما كذا قيل . قال (والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض) الوكيل بالبيع يجوز أن يبيع بضمن قليل وكثير وبعرض عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالوا : لا يجوز بغبن فاحش ولا بغير النقود ، لأن مطلق الأمر يتقيد بالمتعارف عرفا ، إذ التصرفات لدفع الحاجات فتتقيد بمواقعها ، والمتعارف (قال المصنف : فتتقيد بمواقعها) أقول : فيه بحث (قوله فبين أن الحكم فيهما كهو فيما سواهما) أقول : قوله فيما سواهما متعلق بقوله هو ، وقوله كهو متعلق بقوله الحكم .

والبيع بالغبن أو بالعين متعارف عند شدة الحاجة إلى الثمن والتبرم من العين : والمسائل ممنوعة على قول أبي حنيفة رحمه الله على ما هو المروى عنه ،

التوكيل بالبيع مطلق لكن المطلق يجري على إطلاقه في غير موضع التهمة . أقول : هذا أقبح مما قاله في المسئلة الأولى ، إذ لم يقل الخصم هنا قط إن التوكيل بالبيع مطلق ، بل قال إن مطلق الأمر بتقيد بالتعارف : يعني أن ما هو في صورة الإطلاق من الأمر فهو مقيد في الحقيقة بالتعارف ، فلم يقع منه الحكم بأن التوكيل بالبيع مطلق حتى يصير محلا للمنع أو التسليم ، فلا يتصور أن يكون ما ذكر من قبل أبي حنيفة هاهنا قولاً بالموجب بتسليم أن التوكيل بالبيع مطلق . والحق أن حاصل معنى الكلام المذكور منع لكون مطلق الأمر هاهنا مقيدا بالتعارف بناء على قاعدة لزوم إجراء المطلق على إطلاقه في غير موضع التهمة ، وأن حاصل معنى قوله (والبيع بالغبن أو بالعين) أي العرض (متعارف عند شدة الحاجة إلى الثمن والتبرم) أي السآمة (من العين) تنزل في الجواب من المنع المذكور : يعني سلمنا أن مطلق الأمر بتقيد بالتعارف ، لكن البيع بالغبن أو العين متعارف عند شدة الحاجة إلى الثمن لتجارة رابحة أو لغيرها ، وعند التبرم من العين ، وفي هذا لا يبالى بقلة الثمن وكثرته ونقدية الثمن وعرضيته فكان العرف مشتركا فلم يصلح حجة لأحد الخصمين على الآخر (والمسائل ممنوعة على قول أبي حنيفة على ما هو المروى عنه) أي من المسائل المستشهد بها من قبل الخصم ، وهي مسائل شراء الفحم والحمد والأضحية ليست بمسلمة على قول أبي حنيفة ، بل هي مروية عن أبي يوسف على ذلك الوجه . وأما عند أبي حنيفة فهي على إطلاقها لا تنفد بزمان الحاجة . قال في غاية البيان : ولئن سلمنا أنها تقيد على قول أبي حنيفة أيضا فنقول : إنما تقيد بدلالة الغرض لا بدلالة العادة لأن الغرض من شراء الفحم دفع ضرر البرد وذلك يختص بالشتاء ، والغرض من شراء الحمد دفع ضرر الحر وذلك يختص بالصيف ، حتى لو انعدمت هذه الدلالة بأن وجد التوكيل ممن يعتاد تربص الفحم كالحدادين أو تربص الحمد كالفقاعين لا يتقيد بالتوكيل ، كذا قال الإمام علاء الدين العالم في طريقة الخلاف . وكذا التوكيل بالأضحية يتقيد بأيام النحر بالغرض لا بالعادة ، لأن غرض الموكل خروجه عن عهدة الوجوب الذي يلحقه في أيام تلك السنة انتهى . وقال في الكافي : ولأنه مطلق في حق الوقت لا عام فلم يتناول إلا واحدا ،

البيع بثمن المثل وبالتقود ولهذا يتقيد الوكيل بشراء الفحم بأيام البرد ، وبالحمد بسكون الميم : ما جحد من الماء لشدة البرد ، تسمية للاسم بالمصدر بأيام الصيف ، وبالأضحية بأيام النحر أو قبلها ، كل ذلك من تلك السنة ، حتى لو اشترى ذلك في السنة الثانية لم يلزم الأمر ، ولأن البيع بغبن فاحش بيع من وجه هبة من وجه ، ولهذا لو حصل من المريض كان من الثلث والأب والوصى لا يملكانه ، وكذا المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه لأنه من حيث أن فيه إخراج السلعة من الملك بيع ومن حيث أن فيه تحصيل السلعة في الملك شراء فلا يتناوله مطلق اسم البيع لأن المطلق ينصرف إلى الكامل . ولأبي حنيفة رحمه الله القول بالموجب أي سلمنا أن التوكيل بالبيع مطلق لكن المطلق يجري على إطلاقه في غير موضع التهمة فيتناول كل ما يطلق عليه البيع (قوله والبيع بالغبن) تنزل في الجواب : يعني سلمنا أن المطلق يتقيد بالتعارف ، لكن البيع بالغبن أو بالعين : أي للعرض متعارف عند شدة الحاجة إلى الثمن لتجارة رابحة أو لغيرها ، وعند التبرم من العين وعند ذلك لا يبالى بقلة الثمن وكثرته ، فكان العرف مشتركا لا يصلح دليلا لأحد الخصمين ، بل المتنازع فيه يكون داخلا تحت ما يدعيه الخصم فيندفع نزاعه أو تظهر مكابرتة . والمسائل المذكورة مروية عن أبي يوسف رحمه الله على ذلك الوجه . وأما عند أبي حنيفة رحمه الله فهي على إطلاقها والبيع بالغبن أو العين بيع من كل وجه ، حتى أن من حلف لا يبيع يحنث بالبيع بالغبن أو العين فلما جعل هذا بيعا مطلقا في اليمين جعل في الوكالة

(قوله لكن المطلق يجري على إطلاقه الخ) أقول : الأوجه أن يوجه بأن التوكيل بالبيع مطلق ، والعرف العمل لا يصلح لتقيد المطلق كما قالوا في كتاب الإيمان ، بل الذي يصلح لتقيد هو العرف اللفظي ، ولوسلم فالعرف العمل مشترك فلا يجوز تقيد المطلق مع التعارض فليتأمل . ثم أقول : صرح في أوائل فصل الشراء في دليل مسئلة إجماعية بأن العرف أملك فلا مخالفة لأن مراده ثمة العرف اللفظي لا العمل (قوله أو لغيرها) أقول : يختص بالبيع بالغبن (قوله بل المتنازع فيه يكون داخلا تحت ما يدعيه) أقول : من قوله فتقيد بمواقفها .

وأنه يبيع من كل وجه ، حتى أن من حلف لا يبيع يحنث به ، غير أن الأب والوصى لا يملكانه مع أنه يبيع لأن ولايتهما نظرية ولا نظرية فيه ، والمقايضة شراء من كل وجه وبيع من كل وجه لوجود حد كل واحد منهما .

وقد صار المتعارف مراداً فلم يبق غيره مراداً ، فأما هذا فعام انتهى . وهكذا ذكر في الكفاية أيضاً (وأنه) أى البيع بالغبن (بيع من كل وجه) جواب عن قولهما ولأن البيع بغبن فاحش يبيع من وجه وهبة من وجه : يعنى لانسلم أنه كذلك بل هو بيع من كل وجه (حتى أن من حلف لا يبيع يحنث به) أى بالبيع بغبن فاحش ، فلما جعل هذا بيعاً مطلقاً في الميزن جعل في الوكالة كذلك . واعتراض عليه بأنه لا يلزم من جريان العرف في الميزن في نوع جريانه في البيع في ذلك النوع ؛ ألا يرى أنه لو حلف لا يأكل لحماً فأكل لحماً قديداً حنث ، وفي التوكيل بشراء اللحم لو اشترى الوكيل لحماً قديداً وقع على المشتري لأعلى الأمر . وأجيب بأن التوكيل بشراء اللحم إنما يقع على لحم يباع في الأسواق والقديد لا يباع بها عادة فلا يقع التوكيل عليه ، فلم بهذا أن العرف قد اختلف في حقهما فاختلف الجواب لذلك . وأما البيع بالغبن فلا يخرج عن كونه بيعاً حقيقة وعرفاً ، أما حقيقة فظاهر ، وأما عرفاً فيقال يبيع رابع وبيع خاسر ، كذا في العناية أخذاً من النهاية . أقول : في الجواب بحث لأن حاصله الاعتراض باختلاف العرف في حق الميزن والبيع والتثبت بادعاء أن البيع بغبن فاحش لا يخرج عن كونه بيعاً حقيقة ولا عرفاً ، فرد عليه أنه إن أريد أنه لا يخرج عن كونه بيعاً من وجه فهو مسلم ، لكن لا يحصل به الجواب عما قاله والكلام فيه ، وإن أريد أنه لا يخرج عن كونه بيعاً من كل وجه فهو ممنوع إذ هو أول المسئلة حيث لا يقول به الخصم بل يدعى أنه يبيع من وجه وهبة من وجه ، ونحن بصدد الجواب عنه بمسئلة الميزن ، فإذا ورد الاعتراض عليه باختلاف العرف والحكم في حق الميزن والبيع فكيف يصح الجواب عنه بالمصير إلى الأصل المتنازع فيه (غير أن الأب والوصى لا يملكانه) جواب عن سؤال مقدر تقريره لو كان البيع بغبن فاحش يبيع من كل وجه لملكه الأب والوصى : يعنى أن الأب والوصى إنما لا يملكان البيع بغبن فاحش (مع أنه يبيع) أى من كل وجه (لأن ولايتهما) أى ولاية الأب والوصى على الصغير (نظرية) أى بشرط النظر في أمر الصغير بالشفقة وإيصال النفع إليه (ولا نظر فيه) أى في البيع بغبن فاحش (والمقايضة شراء من كل وجه وبيع من كل وجه) جواب عن قولهما ، وكذا المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه : يعنى لانسلم أن المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه ، بل هي بيع من كل وجه وشراء من كل وجه (لوجود حد كل واحد منهما) قال صاحب العناية : وهي مبادلة المال بالمال على وجه

كذلك . واعتراض بأنه لا يلزم من جريان العرف في الميزن في نوع جريانه في البيع في ذلك النوع ، ألا ترى أنه لو حلف لا يأكل لحماً فأكل لحماً قديداً حنث ، وفي التوكيل بشراء اللحم لو اشترى الوكيل لحماً قديداً وقع على المشتري لا على الأمر . وأجيب بأن التوكيل بشراء اللحم إنما يقع على لحم يباع في الأسواق ، والقديد لا يباع فيها عادة فلا يقع التوكيل عليه ، فلم بهذا أن العرف قد اختلف في حقهما فاختلف الجواب كذلك . وأما البيع بالغبن فلا يخرج عن كونه بيعاً حقيقة وعرفاً ، أما حقيقة فظاهر وأما عرفاً فيقال يبيع رابع وبيع خاسر . فإن قيل : لو كان ذلك يبيعاً من كل وجه لملكه الأب والوصى . أجاب بقوله غير أن الأب والوصى لا يملكانه ، ومعناه أن كلامنا في الأمر المطلق بالبيع وهما ليسا مأمورين . سلمنا ذلك ، لكن ليس أمرهما مطلقاً بل مقيد بشرط النظر ولا نظر فيه ، ولا نسلم أن المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه بل هي بيع من كل وجه وشراء من كل وجه لوجود حد كل منهما وهو مبادلة المال بالمال على وجه التراضي بطريق الاكتساب كما تقدم في أول الليوع ، وكل ما صدق عليه هذا الحد فهو بيع من كل وجه وشراء من كل وجه . ويجوز أن يقال البيع في الحقيقة عبارة عن إخراج ملكه

(قوله أن كلامنا في الأمر المطلق (الخ) أقول : في مناسبة الجواب للسؤال بحث يظهر ملاحظة السؤال ومورده (قوله وهو مبادلة المال بالمال (الخ) أقول : فيه نظر ، فإن الباء في قوله بالمال هي باء المقابلة والعوض فلا يتناول الحد الشراء . ثم إن أراد أن الحد المذكور حد لكل منهما على حدة كما هو المفهوم من ظاهر تقريره لزم اختلاله حيث يصدق على مقابل المعرفة ، وإن أراد أن الحد المعنى الأعم من كل منهما يكون قوله وكل ما صدق عليه هذا الحد فهو بيع من كل وجه (الخ) بمنزلة عن الحق لظهور بطلان القول بأن كل ما صدق عليه حد الحيوان إنسان من كل وجه فرس من كل وجه .

الراضى بطريق الاكتساب كما تقدم في أول البيوع . قال : وكل ما صدق عليه هذا الحد فهو بيع من كل وجه وشراء من كل وجه . أقول : فيه خلل ، أما أولا فلائنه لا يخفى على أحد أن المراد بالبيع في قوله والمقايضة بيع من كل وجه وشراء من كل وجه هو البيع المقابل للشراء وهو وصف البائع ، وأن المراد بالشراء في قوله المزبور هو الشراء المقابل للبيع وهو وصف للمشتري ، والحد المذكور : أعني مبادلة المال بالمال على وجه التراضى بطريق الاكتساب إنما هو حد البيع الذى هو عقد شرعى وهو المجموع المركب من الإيجاب والقبول مع الارتباط الشرعى الحاصل بينهما ، فذلك بمنزل عن قوله لوجود حد كل واحد منهما . وأما ثانيا فلائنه قوله وكل ما صدق عليه هذا الحد فهو بيع من كل وجه وشراء من كل وجه بعد أن جعل هذا الحد حدا لكل واحد من البيع والشراء يقتضى أن يكون كل البياعات الغير الاضطرارية بيعا من كل وجه وشراء من كل وجه ، إذ لا يخلو شيء منها عن صدق هذا الحد عليه كما تقدم في أول البيوع ولم يقل به أحد قط . واعترض بعض الفضلاء بوجه آخر على قوله وهو مبادلة المال بالمال على وجه التراضى بطريق الاكتساب حيث قال فيه نظر ، فإن الباء في قوله بـمال هي بـاء المقابلة والعوض فلا يتناول الحد الشراء انتهى . أقول : هذا ساقط لأن بـاء المقابلة والعوض لاتنافية تناول الحد المذكور الشراء ، فإن المقابلة والمعاوضة يتحققان في كل واحد من البدلين بـالتفاوت ، وإنما بقي حديث دخول الباء على الثمن وسيجىء الكلام فيه . ثم قال صاحب العناية : ويجوز أن يقال البيع في الحقيقة عبارة عن إخراج ملكه متوصلا به إلى تحصيل ملك غيره ، والشراء عبارة عن تحصيل ملك غيره متوصلا إليه بإخراج ملكه ، وكلاهما صادق على المقايضة انتهى . أقول : هذا هو الصواب ، وإن كان مقتضى تحريره أن يكون ضعيفا عنده ، إلا أن المراد بقوله وكلاهما صادق على المقايضة أنهما صادقان على بدل المقايضة معا فلا ينتهض بسائر البياعات ، فإن صدق البيع بالمعنى المزبور في سائر ما يختص بالسلعة وصدق الشراء فيها يختص بالثمن فيسقط ما قاله بعض الفضلاء على قوله وكلاهما صادق على المقايضة بل على جميع البياعات ففى تقريره قصور انتهى فتدبر . ثم قال صاحب العناية : فالبيع والشراء يطلقان على عقد شرعى يرد على مجموع مالين باعتبارين يتعين كل منهما بإطلاق لفظ يخصه

متوصلا به إلى تحصيل ملك غيره له ، والشراء عبارة عن تحصيل ملك غيره متوصلا إليه بإخراج ملكه ، وكلاهما صادق على المقايضة ، فالبيع والشراء يطلقان على عقد شرعى يرد على مجموع مالين باعتبارين يتعين كل منهما بإطلاق لفظ يخصه عليه ، وبذلك يتميز البائع عن المشتري ، والوكيل بالبيع عن الوكيل بالشراء ، فيسقط ما قيل إذا كان بيعا من كل وجه وشراء من كل وجه فيما إذا رجح أبو حنيفة رحمه الله جانب البيع ، وما قيل إذا كان شراء كل وجه كان الوكيل به وكيلا بالشراء ، وهو لا يملك الشراء بغبن فاحش بالاتفاق ، فكان الواجب أن لا يجوز المقايضة إلا إذا كان ما يقابله من العرض مثله في القيمة أو بأقل منه يسيرا كما روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله ، وذلك لأن الموكل أطلق في توكيله البيع فيعتبر ذلك ويترجح جانبه ، ويجوز له أن يبيع بما عزّ وهان ، ولا يلزم الوكيل بالصرف فإنه لا يجوز له أن يبيع بالأقل أصلا لأن موكله لا يملك ذلك بالنص

(قوله وكلاهما صادق على المقايضة الخ) أقول : بل على جميع البياعات ففى تقريره قصور (قوله فالبيع والشراء يطلقان ، إلى قوله : يخصه عليه) أقول : قوله باعتبارين متعلق بقوله يطلقان والضمير في قوله منهما راجع إلى البيع والشراء ، والضمير في قوله يخصه راجع إلى قوله كل والضمير في قوله عليه راجع إلى قوله عقد (قوله فالبيع والشراء يطلقان على عقد شرعى الخ) أقول : ما أشبه كلام الشارح هذا بما قال شارح رسالة آداب البحث التعلم والتعليم متحدان بالذات متغايران بالاعتبار ، ومهد به عذرا لاكتفاء مصنف الرسالة بذكر التعلم حيث قال : يحتاج إليها كل متعلم ، وبين اتحادهما بالذات بعض الأفاضل وهو مولانا معين الدين (قوله يتعين كل منهما بإطلاق لفظ الخ) أقول : أى في المقايضة ، بخلاف غيرها مما يقابل فيه السلع بالنقد ، فإن التعيين فيه لا يتوقف على إطلاق اللفظ المختص بل صاحب السلعة بائع وصاحب النقد مشتر (قوله وذلك لأن الموكل أطلق في توكيله البيع فيعتبر ذلك ويترجح جانبه) أقول : هذا تعليل لقوله السابق بأسطر وهو قوله فيسقط ما قيل الخ ، وقوله فيعتبر ذلك : يعنى يعتبر البيع ، وقوله ويترجح جانبه : يعنى يترجح جانب البيع (قوله لا يجوز له أن يبيع بالأقل) أقول : إذا باع بخسسه .

عليه ، وبذلك يتميز البائع عن المشتري والوكيل بالبيع عن الوكيل بالشراء انتهى . أقول : وفيه خلل لأن حاصله أن معنى البيع ومعنى الشراء متحدان بالذات ومتغايران بالاعتبار يتعين كل منهما بإطلاق لفظ يخصه عليه وهو لفظ البيع في البيع ولفظ الشراء في الشراء ، فيمتاز به البائع عن المشتري لكنه ليس بصحيح . أما أولاً فلأنه قد تقرر في كتب اللغة أن لفظ البيع ولفظ الشراء من الأضداد يطلق كل منهما على كل من معنى البيع والشراء ، وصرحوا به في أول كتاب البيوع حتى صرح نفسه أيضاً هناك بأن لفظ البيع من الأضداد لغة واصطلاحاً . وقال : يقال باع الشيء إذا شراه أو اشتراه ، وإذا كان كذلك فكيف يتيسر اختصاص أحد اللفظين المذكورين بأحد المعنيين المزبورين ، وكيف يتصور تعيين أحد هذين المعنيين بإطلاق أحد ذين اللفظين عليه ، ولا شك أن ماهو من الأضداد يصح إطلاقه على كل من معنييه ، على أن اتحاد معنى البيع والشراء بالذات مما لم يقل به أحد من الثقات ولا يرى له وجه شديد . وأما ثانياً فلأن البيع كما يتعقد بالإيجاب والقبول يتعقد أيضاً بالتعاطي كما تقرر في البيوع ، وفي صورة التعاطي لا يلزم إطلاق لفظ على شيء منها ، فكيف يتم قوله يتعين كل منهما بإطلاق لفظ يخصه عليه وبذلك يتميز البائع عن المشتري والوكيل بالبيع عن الوكيل بالشراء . وأما ثالثاً فلأنه لو تعين كل منهما بلفظ يخصه وامتاز به البائع عن المشتري لكان الصادر من أحد المتعاقدين بيعاً ومن الآخر شراء البتة فلم يصح القول بأن المقايضة بيع من كل وجه وشراء من كل وجه ، بل هي حينئذ إما بيع وإما شراء لا غير . اللهم إلا أن يحمل المراد بكونها بيعاً وشراءً من كل وجه على أنها صالحة لكل واحد منهما قبل صدور العقد ، وأما بعد صدوره فيتعين واحد منهما لكنه تعسف . ثم إنه فرّع على ما ذكره سقوط بعض ما قبلها هنا . ولما لم يصح الأصل كما عرفت لم يصح الفرع أيضاً لأن صحة الفرع فرع صحة الأصل كما لا يخفى . واعلم أن هاهنا أسئلة وأجوبة يستدعي بسطها تحقيق المقام فنقول : إن قيل من المحال أن يوصف الشيء الواحد بصفة وبضدها في حالة واحدة ، فلو قلنا بأن بيع المقايضة بيع من كل وجه وشراء من كل وجه في ذلك الوقت لزم هذا المحال . قلنا إنما يلزم المحال لو كان ذلك بوجه واحدة ، وليس كذلك فإنه بيع من كل وجه بالنسبة إلى غرض نفسه وشراء من كل وجه بالنسبة إلى غرض صاحبه ، وإنما قلنا هكذا لأن البيع لا بد له من مبيع وثمن ، وليس كل واحد منهما بأولى من الآخر في أن يجعل هو مبيعاً أو ثمناً ، فجعل كل واحد منهما مبيعاً بمقابلة الآخر وثنماً بمقابلة الآخر . فإن قيل : لاسلم عدم الأولوية في أحدهما لأنه لا بد من إدخال الباء في واحد منهما لتحقيق إلصاق البديل بالمبدل وما دخل عليه الباء يتعين للثمنية لما عرف أن الباء تصحب الأثمان فحينئذ يتعين الآخر لكونه مبيعاً بحاله . قلنا : قد ذكر في أوائل كتاب البيوع أن الباء إنما تعين ما دخلت عليه بالثمنية إذا كان ذلك الشيء من المكيلات أو الموزونات من غير الدراهم والدنانير ، فإن الدراهم والدنانير متعينة للثمنية سواء دخلت عليها الباء أو لم تدخل ، والعروض المعنية متعينة للمبيعية سواء دخلت عليها الباء أو لم تدخل . أما المكيلات والموزونات إذا كانت غير معينة وهي موصوفة بصفة ، فإن دخلت عليها الباء تتعين للثمنية ؛ كما إذا قال اشترت هذا العبد بكذا حنطة جيدة ، وأما إذا لم تدخل عليها الباء فلا تتعين لها أيضاً . ثم إن كلامنا هاهنا في بيع المقايضة وهي تنبئ عن المساواة يقال هما قيصان : أي مساويان ، فكان كلا البديلين متعينا فلا يتعين واحد منهما للمبيعية ولا للثمنية فلذلك جعل كل واحد منهما مبيعاً وثنماً ، وإن دخلت الباء في أحدهما . فإن قيل : إذا كان بيع المقايضة شراء من كل وجه وبيعاً من كل وجه فمن أي وجه رجح أبو حنيفة جانب البيع فيه حتى نفذ البيع على الأمر عنده إذا باع الوكيل بالبيع بعرض مع الغبن الفاحش ؟ قلنا : رجح هو جانب البيع استدلالاً بما ذكر في المبسوط في باب الوكالة بالسلم من كتاب البيوع من أن جانب البيع يرجح على جانب الشراء في البيع بعرض ؛ ألا يرى أن أحد المضاربين لو اشترى بغير إذن صاحبه كان مشترياً لنفسه ، ولو باع بغير إذن صاحبه شيئاً من مال المضاربة توقف على إجازة صاحبه ، فإن باعه بعرض يتوقف أيضاً ، حتى لو أجاز صاحبه كان تصرفه على المضاربة فعرفنا أن جانب البيع يرجح فيه ، كذا في النهاية ومعراج

فكذلك وكيله ، فغلبك بهذا وتطبيقه على ما في الكتب ملاحظاً بعين البصيرة محمد المتصدي لتلقيقه إن شاء الله تعالى .

قال (والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس في مثلها ، ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله)

الدراية . فإن قلت : كما أن كل واحد من عاقدى عقد المقايضة بائع بالنسبة إلى عرض نفسه مشتريا بالنسبة إلى عرض الآخر كذلك كل واحد من عاقدى عقد الصرف بائع ومشتري لما أن عقد الصرف بيع والبيع لابد له من مبيع وثمن ، وليس أحد البديلين أولى من الآخر في جعله مبيعا أو ثمنا ، فجعل كل واحد منهما مبيعا وثمنا ، ثم الغبن الفاحش يتحمل في بيع المقايضة على قول أبي حنيفة في ظاهر الرواية خلافا لرواية الحسن كما ذكره في الذخيرة والمبسوط ، ولا يتحمل في بيع الصرف على قول الكل باتفاق الروايات كما ذكر في باب الوكالة بالصرف من صرف المبسوط ، فما وجه الفرق بينهما مع اتحادهما في العلة ؟ قلت : للفرق بينهما إنما نشأ من حيث ورود علة عدم جواز بيع الوكيل بالشراء بالغبن الفاحش هنا أيضا ، وذلك لأن تصرف الوكيل بالشراء بالغبن الفاحش إنما لا ينفذ على الموكل للثمة ، فإن من الجائز أنه عقد لنفسه ، فلما علم بالغبن أراد أن يلزم ذلك الموكل ، وهذا المعنى موجود هنا فإن الوكيل يملك عقد الصرف لنفسه كما صرح به في المبسوط . وأما في بيع المقايضة فليس للوكيل أن يبيع من نفسه ولا أن يشتري لنفسه عرض الآخر بمقابلة عرض الموكل ، فلم ترد التهمة التي وردت في حق الوكيل بالشراء فلم يمنع الجواز لذلك في ظاهر الرواية على قول أبي حنيفة . وذكر في الذخيرة أن الوكيل بالصرف إذا اشترى بما لا يتغابن الناس فيه لا يجوز بلا خلاف ، لأن الغبن على قول أبي حنيفة إن كان يجوز باعتبار أنه بيع من وجه لا يجوز باعتبار أنه شراء من وجه ، إلا أن الشراء أصل في هذا العقد لأن الثنية في الدراهم والدنانير أصل والعبارة للأصل فكان شراء من كل وجه ، والغبن الفاحش لا يتحمل في الشراء بالاتفاق ، كذا في النهاية . قال صاحب العناية . ولا يلزم الوكيل بالصرف فإنه لا يجوز له أن يبيع بالأقل أصلا لأن موكله لا يملك ذلك بالنص فكذا وكيله انتهى . أقول : فيه نظر لأن موكله إنما لا يملك البيع بالأقل فيما إذا اتحد البدلان في الجنس ، وأما إذا اختلفا فيه فيملكه قطعا كما تقرر في كتاب الصرف . ولا يخفى أن عدم جواز بيع الوكيل بالصرف بغبن فاحش على قول الكل باتفاق الروايات غير منحصر في صورة اتحاد الجنس ، بل يعم صورتى اتحاد الجنس واختلافه ، بل المسئلة مصورة في صرف المبسوط بصورة اختلاف الجنس حيث قال فيه : وإن وكله بألف درهم يصرفها له فباعها بدنانير وحط عنه ما لا يتغابن الناس في مثله لم يجز على الأمر انتهى . فنلزم هذه الصورة قطعا وتكفى في ورود السؤال على ما ذكر في الكتاب . ولعمري إن صاحب العناية قد خرج في شرح هذه المسئلة عن سنن الصواب ، وغبن في تصرفاته غبنا فاحشا ، ومع ذلك قال في آخر كلامه : فعليك بهذا وتطبيقه على ما في الكتب ملاحظا بعين البصيرة محمد المتصدي لتطبيقه إن شاء الله تعالى (قال) أى القدورى في مختصره (والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس في مثلها) وهى الغبن اليسير (ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله) وهو الغبن الفاحش . وقال في شرح الإقطع : وعن أبي حنيفة رواية أخرى أنه يجوز بالقليل والكثير

قال (والوكيل بالشراء يجوز عقده الخ) الوكيل بالكمراء يجوز له أن يشتري بمثل القيمة والغبن اليسير دون الفاحش ، لأن التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه ، فإذا لم يوافقته أو قد وجده خاسرا أحقه بغيره على مامر ، حتى لو كان وكيله بشراء شيء بعينه قالوا

(قال المصنف : والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس في مثلها) أقول : قال الإيتقاني : قال الشيخ الإمام خواهر زاده : جواز عقد الوكيل جواز عقد الموكل بالشراء بزيادة يتغابن الناس في مثلها فيما ليس له قيمة معلومة عند أهل البلد ، فأما ماله قيمة معلومة عندهم كالحبز واللحم إذا أراد الوكيل بالشراء على ذلك لا يلزم الأمر قلت الزيادة أو كثرت . قال في بيوع التهمة : وبه يفتى انتهى . وقال الزيلعي : هذا كله إذا كان سعره غير معروف بين الناس ويحتاج فيه إلى تقويم المقومين ، وأما إذا كان معروفا كالحبز واللحم والموز والجبن لا يبق فيه الغبن وإن قل ولو كان فلسا واحدا انتهى (قال المصنف : ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله) أقول : قال الزيلعي : وكذا لا يجوز شراؤه بغير التقدين لعلم المتعارفين انتهى . وقد علم ذلك ضمنا في التوكيل بالشراء في شرح قوله ولو وكله بشراء شيء بعينه (قوله أو قد وجده خاسرا الخ) أقول : فيه أن المراد بعدم الموافقة في عبارة الهداية هو وجدانه خاسرا وإلا لا يكون دليلا لمدهاء فلا وجه لكلمة أو ، والظاهر أن أو تصحيف ، والأصل إذ قد وجده نعم يمكن أن يمنع عدم كونه دليلا لمدهاء فليتأمل .

لأن التهمة فيه متحقة فلعله اشتراه لنفسه ، فإذا لم يوافقه أحقه بغيره على مامر، حتى لو كان وكيلًا بشراء شيء بعينه قالوا ينفذ على الأمر لأنه لا يملك شراءه لنفسه ، وكذا الوكيل بالنكاح إذا تزوج امرأة بأكثر من مهر مثلها جاز عنده لأنه لا بد من الإضافة إلى الموكل في العقد فلا تتمكن هذه التهمة ، ولا كذلك الوكيل بالشراء لأنه يطلق العقد .

لعموم الأمر ، كذا في غاية البيان . علل المصنف ما في الكتاب بقوله (لأن التهمة فيه) أي في الشراء (متحقة فلعله) أي فعل الوكيل (اشتراه) أي اشترى الشيء الذي وكل به (لنفسه) أي لأجل نفسه (فإذا لم يوافقه أحقه بغيره) وهو الموكل (على مامر) إشارة إلى ما ذكره في فصل الشراء بقوله لأنه موضع تهمة بأن اشتراه لنفسه ، فإذا رأى الصفة خاسرة ألزمها الأمر انتهى . والتهمة في باب الوكالة معتبرة ، ولأن الوكيل بالشراء يستوجب الثمن في ذمة نفسه ويوجب لنفسه مثله في ذمة الأمر ، والإنسان منهم في حق نفسه فلا يملك أن يلزم الأمر الثمن ما لم يدخل في ملكه بإزائه ما يعده ، ولهذا لو قال : اشتريت وقبضت وهلك في يدي فهات الثمن لا يقبل قوله ، بخلاف الوكيل بالبيع ، فإنه لو قال بعث وقبضت الثمن وهلك عندي كان القول قوله ، ولأن أمره بالشراء يلاقى ملك الغير ، وليس للإنسان ولاية مطلقة في ملك الغير فلا يعتبر إطلاق أمره فيه ، بخلاف البيع فإن أمره يلاقى ملك نفسه وله في ملك نفسه ولاية مطلقة ولأن اعتبار العموم أو الإطلاق في التوكيل بالشراء غير ممكن ، لأنه لو اعتبر ذلك لاشترى ذلك المتاع بجميع ما يملكه الموكل وبما لا يملكه من المال ، ونحن نعلم أنه لا يقصد ذلك فحملناه على أخص الخصوص وهو الشراء بالنقد بغبن يسير ، وفي جانب البيع اعتبار العموم ، والإطلاق ممكن لأنه لا يتسلط به على شيء من ماله سوى المبيع الذي رضى بزوال ملكه عنه . وهذه فروق أربعة بين الوكيل بالبيع والوكيل بالشراء في الغبن الفاحش ذكرت في كتاب البيوع من المبسوط (حتى لو كان وكيلًا بشراء شيء بعينه قالوا) أي المشايخ (ينفذ على الأمر) أي ينفذ العقد على الأمر وإن كان مع الغبن الفاحش لانقضاء التهمة (لأنه) أي الوكيل (لا يملك شراءه) أي شراء ذلك الشيء المعين (لنفسه) وأراد بقوله قالوا عامة المشايخ فإن بعضهم قال : يتحمل فيه الغبن اليسير لا الفاحش . وقال بعضهم : لا يتحمل فيه الغبن اليسير أيضا كما في الذخيرة وغيرها (وكذا الوكيل بالنكاح إذا تزوج) أي زوج موكله (امرأة بأكثر من مهر مثلها جاز عنده) أي عند أبي حنيفة ، ذكره محمد في الأصل في أول باب الوكالة في النكاح حيث قال : وإذا وكل رجل رجلا أن يزوجه امرأة بعينها فزوجها إياه فهو جائز ، فإن زادها على مهر مثلها فهو جائز في قول أبي حنيفة ، وفي قول أبي يوسف ومحمد إذا زوجها بما يتغابن الناس في مثله فهو جائز ، وإن زاد أكثر من ذلك لم يلزم الزوج النكاح إلا أن يرضاه ، وإذا وكل رجل رجلا أن يزوج امرأة بعينها فزوجها الوكيل فهو جائز وهي امرأته ، ولا يشبه هذا الشراء لو أمره أن يشتري عبدا بعينه فاشترى الوكيل لنفسه كان العبد للأمر ، إلى هنا لفظ الأصل . قال المصنف في تعليل ما في الكتاب (لأنه) أي الوكيل بالنكاح (لا بد من الإضافة إلى الموكل في العقد) أي في عقد النكاح (فلا تتمكن هذه التهمة) أي تهمة أن يعقد أولا لنفسه ثم يلحقه بغيره (ولا كذلك الوكيل بالشراء لأنه يطلق العقد) أي لا يضيفه إلى الموكل حيث يقول اشتريت ولا يقول اشتريت لفلان ، يعني يجوز له الإطلاق ولا يجب عليه الإضافة إلى الموكل فتتمكن تلك التهمة . قال شيخ الإسلام خواهر زاده : جواز عقد الوكيل بالشراء بزيادة يتغابن الناس في مثلها فيما ليس له قيمة معلومة عند أهل البلد كالعبيد والدواب وغير ذلك ، وأما ماله قيمة معلومة عندهم كالخبز

ينفذ على الأمر لانقضاء التهمة لأنه لا يملك أن يشتريه لنفسه . وأراد بقوله قالوا عامة المشايخ رحمهم الله ، فإن بعضهم قال : يتحمل فيه الغبن اليسير لا الفاحش . وقال بعضهم : لا يتحمل فيه اليسير أيضا ، وكذا الوكيل بالنكاح إذا تزوج موكله امرأة بأكثر من مهر مثلها جاز عنده لأنه لا بد من الإضافة إلى الموكل في العقد ولا تتمكن فيه هذه التهمة ، بخلاف الوكيل بالشراء لأنه يطلق .

(قال المصنف : وكذا الوكيل بالنكاح الخ) أقول : وكان ينبغي أن لا يجوز عنده أيضا لأن الوكيل من قبل الزوج في معنى الوكيل بالشراء .

قال (والذي لا يتغابن الناس فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين . وقيل في العروض « ده نيم » وفي الحيوانات « ده يازده » وفي العقارات « ده دوازده »)

واللحم وغيرهما ، فإذا زاد الوكيل بالشراء على ذلك لا يلزم الأمر وإن قلت الزيادة كالفلس مثلا (قال) في بيع التمرة وبه يفق (والذي لا يتغابن الناس فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين) هذا لفظ القدوري في مختصره . ويفهم منه أن مقابله مما يتغابن فيه . قال في الذخيرة : تكلموا في الحد الفاصل بين الغبن اليسير والغبن الفاحش ، والصحيح ما روى عن محمد رحمه الله في النوادر أن كل غبن يدخل تحت تقويم المقومين فهو يسير ، وما لا يدخل تحت تقويم المقومين فهو فاحش . قال : وإليه أشار في الجامع في تعليل مسألة الزكاة . قال المصنف (وقيل في العروض « ده نيم » وفي الحيوانات « ده يازده » وفي العقارات « ده دوازده ») اعلم أن ظاهر سوق الكلام هاهنا يشعر بأن يكون مراده بذكر هذا القول تفسير الغبن الفاحش ، لأن صريح ما ذكره سابقا كان تفسير الغبن الفاحش ، فإذا قال بعده : وقيل في العروض الخ كان المتبادر منه أن يكون هذا أيضا تفسير الغبن الفاحش ، وأما الذي يقتضيه التطبيق لما عين في سائر المعثورات أن يكون مراده بذلك تفسير الغبن اليسير ، وعن هذا كان الشراح هاهنا فرقتين : فمنهم من تردد في تعيين مراده وجعل كلامه محتملا للمعنيين ولكن ذكر كل واحد منهما بقيل لامن عند نفسه ، ومنهم من جزم بالثاني فقال هذا بيان الغبن اليسير ولم يذكر الاحتمال الآخر . وقال الشراح الكاكي من هذه الفرقة : وكان قوله وقيل معطوفا على ما تضمنه قوله ما لا يدخل تحت تقويم المقومين ، فإنه إذا كان الغبن الفاحش ما لا يدخل تحت تقويمهم كان ما يدخل تحت تقويمهم غبنا يسيرا . والحق عندي أن يكون تفسير الغبن اليسير لأنه هو الموافق لما ذكره جمهور الفقهاء . وعامة المشايخ في كتبهم المعتبرة ، منهم الإمام البار علاء الدين الإسيدي فإنه قال في شرح الطحاوي : وروى عن نصير بن يحيى أنه قال : قدر ما يتغابن الناس في العروض « ده نيم » وفي الحيوان « ده يازده » وفي العقار « ده دوازده » انتهى . ومنهم الشيخ أبو المعين النسفي ، فإنه قال في شرح الجامع الكبير : اختلف المشايخ في الحد الفاصل بين القليل والكثير : منهم من قال ما يتغابن الناس فيه قليل

العقد حيث يقول اشترت ولا يقول لفلان . ثم بين الغبن اليسير والفاحش فقال (والذي لا يتغابن فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين) فيكون مقابله مما يتغابن فيه . قال شيخ الإسلام رحمه الله : هذا التحديد فيما لم يكن له قيمة معلومة في البلد كالعبد والدواب ، فأما ما له ذلك كالخبز واللحم وغيرهما فزاد الوكيل بالشراء لا ينفذ على الموكل ، وإن قلت الزيادة كالفلس مثلا لأن هذا ما لا يدخل تحت تقويم المقومين ، إذ الداخل تحته ما يحتاج فيه إلى تقويمهم ، ولا حاجة هاهنا للعلم به فلا يدخل . وقيل الغبن اليسير وهو الظاهر . وقيل الفاحش ، ويساعده سوق الكلام في العروض « ده نيم » وفي الحيوانات « ده يازده » وفي العقار « ده دوازده » فإذا كان الغبن إلى هذا المبلغ كان يسيرا لزم الأمر ، وإن زاد على ذلك لزم الوكيل ، والتقدير على هذا الوجه لأن الغبن يزيد بقلّة التجربة وينقص بكثرتها ، وقلتها وكثرتها بقلّة وقوع التجارات وكثرتها ، ووقوعه في القسم الأول كثير وفي الأخير قليل وفي الأوسط متوسط وعشرة دراهم نصاب تقطع به يد محترمة فجعل أصلا ، والدرهم مال يجبس لأجله فقد لا يتسامح به في المماكسة فلم يعتبر فيما كثر وقوعه يسيرا ، والنصف من النصفة فكان يسيرا وضوعف بعد ذلك بحسب الوقوع ،

(قال المصنف : والذي لا يتغابن الناس الخ) أقول : قال الإيتاني : قال الشيخ أبو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير : ومشايخ بلغ فضلوا ذلك على ما قال الفقيه أبو القاسم بن شبيب بن إدريس . حكى عنهم أنهم قدروا اليسير في العقار بده دوازده ، وفي الحيوان بده يازده وفي العروض بده نيم ، هذا كلامه انتهى . هذا يخالف لما في الهداية : فإن المفهوم منه أن المقدّر بما ذكر هو الغبن الفاحش (قوله قال شيخ الإسلام : هذا التحديد فيما الخ) أقول : هذا التحديد للفرق وإزالة الاشتباه بين الغبن اليسير والفاحش . فلا يرد أن قوله لأن هذا ما لا يدخل الخ يدل على اعتبار هذا التحديد لأن المراد بهذا التحديد تحديد كل واحد منهما للفرق بينهما ، وإذ لا يسير فيما له قيمة معلومة بل كل زيادة فيه غبن فاحش لا تحس الحاجة إلى الفرق (قوله وقيل الغبن اليسير الخ) أقول : أراد صاحب النهاية (قوله وهو الظاهر) أقول : يعنى من سائر الكتب (قوله ويساعده سوق الكلام) أقول : يعنى في الهداية والكافي (قوله في العروض) أقول : مقول القول (قوله فإذا كان الغبن الخ) أقول : توضيح للقليل الأول .

لأن التصرف يكثر وجوده في الأول ويقل في الأخير ويتوسط في الأوسط وكثرة الغبن لقلة التصرف . قال (وإذا وكله ببيع عبد فباع نصفه جاز عند أبي حنيفة رحمه الله) لأن اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع ؛ ألا ترى أنه لو باع الكل بثمن النصف يجوز عنده فإذا باع النصف به أولى (وقالوا : لا يجوز) لأنه غير متعارف لما فيه من ضرر الشركة (إلا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يختصما) لأن بيع النصف قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج إلى أن يفرق ، فإذا باع الباقي قبل نقض البيع الأول تبين أنه وقع وسيلة ، وإذا لم يبيع ظهر أنه لم يقع وسيلة فلا يجوز ، وهذا استحسان عندهما .

وما لا يتغابن الناس فيه كثير ، ومنهم من قال ما يدخل تحت تقويم المقومين فهو قليل وما لا يدخل فهو كثير ، ومنهم من قال ذلك مفوض إلى رأى القاضي . ومحمد قدّر في هذا الكتاب : يعنى في الجامع الكبير بده نيم ومشايخ بلخ فصلوا ذلك على ما قاله الفقيه أبو القاسم بن شعيب . حكى عنهم أنهم قدّروا اليسير في العقار بده دوازده ، وفي الحيوان بده يازده ، وفي العروض بده نيم انتهى كلامه . إلى غير ذلك من الأئمة الكبار المثقفين على جعل ذلك تفسيراً للغبن اليسير . هذا وإنما كان التقدير في الأقسام المذكورة على الوجه المذكور (لأن التصرف يكثر وجوده في الأول) وهو العروض (ويقل في الأخير) وهو العقارات (ويتوسط في الأوسط) وهو الحيوان (وكثرة الغبن لقلة التصرف) لأن الغبن يزيد بقلّة التجربة وينقص بكثرتها ، وقلتها وكثرتها بقلّة التصرف وكثرتها ، ثم إن عشرة دراهم نصاب تقطع به يد محترمة فجعلت أصلاً والدرهم مال يجبس لأجله فقد لا يتسامح به في المعاكسة فلم يعتبر فيما كثر وقوعه يسيراً والنصف من النصف فكان يسيراً وضوعف بعد ذلك بحسب الوقوع ، فما كان أقل وقوعاً منه اعتبر فيه ضعفه ، وما كان أقل من الأقل اعتبر فيه ضعف ضعفه (قال) أى محمد رحمه الله في الجامع الصغير (وإذا وكله) أى إذا وكل رجل رجلاً (ببيع عبد) أى ببيع عبد له ، وفي بعض النسخ ببيع عبده (فباع نصفه جاز عند أبي حنيفة) وإنما وضع المسئلة في العبد ليرتب عليه الاختلاف المذكور ، لأنه إذا باع نصف ما وكل يبعه وليس في تفرقه ضرر كالحنطة والشعير يجوز بالاتفاق ، ذكره في الإيضاح . قال المصنف (لأن اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع) فيجوز على إطلاقه ، ونور ذلك بقوله (ألا ترى أنه لو باع الكل) أى كل العبد (بثمن النصف يجوز عنده) أى عند أبي حنيفة (فإذا باع النصف به) أى بذلك الثمن (أولى) أى فهو أولى لأن إمساك البعض مع بيع البعض بمقدار من الثمن أنفع للأمر من بيع الكل بذلك الثمن . وإنما قيد بقوله عنده لأنه لا يجوز عندهما لكونه غبناً فاحشاً . فإن قيل : إنما جاز بيع الكل بثمن النصف لأنه لم يتضمن عيب الشركة ، وأما بيع النصف فيتضمن ذلك فكان هذا مخالفة من الوكيل إلى شرّ فينبغي أن لا ينفذ على الموكل . قلنا : ضرر الشركة أقل وأهون من ضرر بيع الكل بثمن النصف ، فإذا جاز هذا على قوله فلا يجوز ذلك وهو أهون أولى (وقالوا : لا يجوز) أى لا يجوز بيع نصف ذلك العبد (لأنه غير متعارف) يعنى أن التوكيل ببيع العبد ينصرف إلى المعارف ، وبيع النصف غير متعارف (ولما فيه من ضرر الشركة) لأنها عيب (إلا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يختصما) أى الموكل والوكيل (لأن بيع النصف قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج إلى أن يفرق ، فإذا باع الباقي قبل نقض البيع الأول تبين أنه) أى البيع الأول (وقع وسيلة) إلى الامتثال (وإذا لم يبيع) الباقي (ظهر أنه) أى البيع الأول (لم يقع وسيلة) إلى الامتثال (فلا يجوز ، وهذا) أى كون البيع موقوفاً إلى أن يبيع النصف الآخر قبل الخصومة (استحسان عندهما) إذ القياس أن لا يتوقف لثبوت المخالفة ببيع النصف ، كذا في معراج الدراية . وقال الزيلعي في التبيين : وقولهما استحسان ، والقياس ما قاله أبو حنيفة

فما كان أقل وقوعاً منه اعتبر ضعفه ، وكان أقل من الأقل اعتبر ضعف ضعفه ، والله أعلم . قال (وإذا وكله ببيع عبده فباع نصفه الخ) وإذا وكله ببيع عبده فباع نصفه جاز عند أبي حنيفة رحمه الله ، لأن اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع فيجوز على إطلاقه ، واستوضح بقوله : ألا ترى أنه لو باع الكل بثمن النصف جاز عنده ، فإذا باع النصف به أولى . وقالوا :

(قوله فإذا باع النصف به أولى) أقول : من أين علم أنه باع النصف به فإنه يجوز أن يبيع النصف بربع الثمن إلا أن يبيع على الظاهر من الحال .

(وإن وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف ، فإن اشترى ببقية لزم الموكل) لأن شراء البعض قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن كان موروثا بين جماعة فيحتاج إلى شرائه شقشا شقصا ، فإذا اشترى الباقي قبل رد الأمر البيع تبين أنه وقع وسيلة فينفذ على الأمر ، وهذا بالاتفاق . والفرق لأبي حنيفة أن في الشراء تتحقق التهمة على مامر . وآخر أن الأمر بالبيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه إطلاقه والأمر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح فلا يعتبر فيه التقييد والإطلاق .

رحمه الله اهـ . والمعنى الأول أنسب بعبارة الهداية كما لا يخفى على الفطن (وإن وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف ، فإن اشترى ببقية لزم الموكل ، لأن شراء البعض قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن كان موروثا بين جماعة فيحتاج إلى شرائه شقشا شقصا) الشقص : الجزء من الشيء والنصيب ، كذا في المغرب (فإذا اشترى الباقي قبل رد الأمر البيع تبين أنه وقع) أى شراء البعض (وسيلة) إلى الامتثال (فينفذ على الأمر) لأنه يصير كأنه اشتراه جملة . قال المصنف (وهذا) أى جواب هذه المسئلة وهو كون الشراء موقفا (بالاتفاق) بين أئمتنا الثلاثة . ثم اختلف أبو يوسف ومحمد في التوكيل بشراء عبد إذا اشترى نصفه ، فقال أبو يوسف : إن أعتقه الأمر جاز ، وإن أعتقه الوكيل لم يجز . وقال محمد : إن أعتقه الوكيل جاز ، وإن أعتقه الموكل لم يجز . فأبو يوسف يقول إن العقد موقوف على إجازة الموكل ؛ ألا يرى أنه لو أجاز صريحا نفذ عليه والإعتاق لإجازة منه فينفذ عليه ، ولا ينفذ إعتاق الوكيل لأن الوكالة تناولت محلا بعينه فلم يملك الوكيل شراءه لنفسه ولم يتوقف على إجازته فلم ينفذ إعتاقه . ومحمد يقول : إنه قد خالف فيما أمره به ، وإنما التوقف عليه من حيث أن الخلاف يتوهم رفعه بأن يشترى الباقي فيرتفع الخلاف ، وقبل أن يشترى به بخالفا فإذا أعتقه الأمر لم يجز ، كذا في النهاية والكفاية نقلا عن الإيضاح (والفرق لأبي حنيفة) أى بين البيع والشراء (أن في الشراء تتحقق التهمة على مامر) إشارة إلى قوله لأن التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه الخ : يعنى أن التهمة متحققة في الشراء دون البيع فافترقا من هذه الحيثية (وآخر) أى وفرق آخر لأبي حنيفة بين البيع والشراء (أن الأمر بالبيع) في صورة التوكيل بالبيع (يصادف ملكه) أى ملك الأمر (فيصح) أى الأمر بالبيع لولاية الأمر على ملكه (فيعتبر فيه إطلاقه) أى إطلاق الأمر (والأمر بالشراء) في صورة التوكيل بالشراء (صادف ملك الغير) وهو مال البائع (فلم يصح) أى الأمر بالشراء (فلم يعتبر فيه التقييد والإطلاق) أى تقييد الأمر وإطلاقه فيعتبر فيه المتعارف ، والمتعارف فيه أن يشترى

لا يجوز لأن التوكيل به ينصرف إلى المتعارف وبيع النصف غير متعارف لما فيه من ضرر الشركة إلا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يختصما ، لأن بيع النصف قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج إلى التفريق ، فإذا باع الباقي قبل نقض البيع الأول تبين أنه وقع وسيلة ، وإن لم يبيع ظهر أنه لم يقع وسيلة فلا يجوز ، وهذا استحسان عندهما ، فإن وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف بالاتفاق لما ذكر من الدليل آتيا في التوكيل بالبيع . والفرق لأبي حنيفة رحمه الله أن التهمة في الشراء متحققة على مامر من قوله فلعله اشتراه لنفسه الخ . وفرق آخر أن الأمر في البيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه الإطلاق فيملك بيع العبد كله أو نصفه ، وأما الأمر بالشراء فإنه صادف ملك الغير فلم يصح فلا يعتبر فيه التقييد والإطلاق : أى إطلاق الأمر وتقييده فيعتبر فيه العرف ، والعرف فيه أن يشترى العبد جملة . ولقائل أن يقول : هذا التعليل يقتضى أن لا يصح التوكيل

(قال إلا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يختصما) أقول : أراد به الاختصاص إلى القاضى ونقض القاضى البيع كما يدل عليه كلام بعض الشروح ، وقول المصنف قبل نقض البيع (قوله فلعله اشتراه لنفسه) أقول : وعدم الموافقة هنا لتعيينه بالشركة فتدبر (قوله وفرق آخر أن الأمر بالبيع الخ) أقول : وتحقيقه أن المبد لما كان ملك البائع وملك الوكيل التصرف في كله ملكه التصرف في بعضه أيضا ؛ والعرف العمل لا يصح مقيدا للفظ كن قال لامرأته طلق نفسك ثلاثا فطلقتها واحدة حيث يصح ، ومرت المسئلة في الاختلاف في الشهادات بدليلها ، ولما لم يملك الموكل للشراء بالشراء لم يملك التصرف فيه حتى يملكه الوكيل فيقال تملك التصرف في الكل يتضمن تملكه في البعض فلم يمكن اعتبار الأمر بنقض العرف العمل ، الحمد لله على ما هدانا (قوله فلا يعتبر فيه التقييد والإطلاق) أقول : لظهور أن اعتبار إطلاق الأمر وتقييده فرع

قال (ومن أمر رجلا ببيع عبده فباعه وقبض الثمن أو لم يقبض فردّه المشتري عليه بغير لأ يحدث مثله بقضاء القاضي بينة أو بإبائه يمين أو بإقراره فإنه يردّه على الأمر)

العبد جملة كذا في العناية ، وهو الذي يساعده ظاهر لفظ المصنف . قال صاحب العناية بعد ما اكتفى بهذا القدر من الشرح : ولقائل أن يقول : هذا التعليل يقتضى أن لا يصح التوكيل بالشراء لأن التوكيل بالشراء أمر بالشراء ، وقد قال الأمر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح . والجواب أن القياس يقتضى ذلك ولكنه صح بحديث حكيم بن حزام ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم وكله بشراء الأضحية ، وإذا صح فلا بد له من محل فجعلناه الثمن الذي في ذمة الموكل لكونه ملكه وصرفناه إلى المتعارف عملا بالدلائل بقدر الإمكان ، ولو عملنا بإطلاقه كان ذلك إبطالا للقياس والعرف من كل وجه ، والإعمال ولو بوجه أولى ، إلى هنا كلامه . أقول : في الجواب شيء ، وهو أن حاصله أنا لم نعمل بالإطلاق في صورة التوكيل بالشراء لثلا يبطل العمل بالعرف مع كونه من الدلائل ، فيتجه عليه أن مقتضى هذا أن لا يعمل بالإطلاق في صورة التوكيل بالبيع أيضا لثلا يبطل العمل بالعرف كذلك . فإن قلت : لم يعمل بالقياس في صورة الشراء ، فلو لم يعمل بالعرف أيضا لزم إبطال الدليلين معا ، بخلاف صورة البيع حيث عمل فيها بالقياس بناء على أن الأمر فيها صادف ملك الأمر . قلت : لا تأثير لهذا الفرق هاهنا ، لأننا إنما تركنا القياس في صورة الشراء بالنص وهو أقوى من القياس فبقى الكلام في العرف ، فلو جاز تقييد الإطلاق به في صورة الشراء بناء على وجوب العمل بالدلائل بقدر الإمكان لحاز تقييده به في صورة البيع أيضا بناء على ذلك . وقال صاحب غاية البيان في شرح الفرق الثاني : إن الأمر في صورة التوكيل بالبيع صادف ملك الأمر فصح أمره لولايته على ملكه فاعتبر إطلاق الأمر فجاز بيع النصف ، لأن الأمر وقع مطلقا عن الجمع والتفريق . وأما الأمر في صورة التوكيل بالشراء فصادف ملك الغير وهو مال البائع فلم يصح الأمر مقصودا لأنه لا ملك للأمر في مال الغير ، وإنما صح ضرورة الحاجة إليه ، ولا عموم لما ثبت ضرورة فلم يعتبر لإطلاقه فلم يميز شراء البعض لأن الثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة ، وذلك يتأدى بالمتعارف وهو شراء الكل لا البعض ، لأن الغرض المطلوب من الكل لا يحصل بشراء البعض إلا إذا اشترى الباقي قبل أن يختصا فيجوز على الأمر لأنه حصل مقصوده انتهى . أقول : هذا القدر من البيان وإن كان غير مفهوم من ظاهر لفظ المصنف إلا أنه حينئذ لا يتوجه السؤال الذي ذكره صاحب العناية ولا يحتاج إلى ما ارتكبه في جوابه كما لا يخفى على المتأمل (قال) أي محمد في بيع الجامع الصغير (ومن أمر رجلا ببيع عبده فباعه) وسلمه (وقبض الثمن أو لم يقبض فردّه المشتري عليه) أي على البائع المشتري (بغير لأ يحدث مثله) أي لأ يحدث مثله أصلا كالأصبع الزائدة والسن الشاغية ، أو لأ يحدث مثله في مثل هذه المدة (بقضاء القاضي) متعلق برده : أي رده بقضاء القاضي ، وهو احتراز عما إذا كان الرد بغير قضاء كما سيأتي (بينه) متعلق بقضاء القاضي أي قضائه بينة المشتري (أو بإبائه يمين) أي أو قضائه بإبائه البائع عن اليمين عند توجهها إليه (أو بإقراره) أي أو قضائه بإقرار البائع (فإنه) أي البائع وهو المسأور (يردّه) أي يرد العبد الذي رد عليه (على الأمر) بلا حاجة إلى خصومة ، إذ الرد على الوكيل في هذه الصورة رد

بالشراء لأن التوكيل بالشراء أمر بالشراء ، وقد قال الأمر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح . والجواب أن القياس يقتضى ذلك ، ولكنه صح بحديث حكيم بن حزام ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم وكله بشراء الأضحية ، وإذا صح فلا بد له من محل فجعلناه الثمن الذي في ذمة الموكل لكونه ملكه وصرفناه إلى المتعارف عملا بالدلائل بقدر الإمكان ، ولو عملنا بإطلاقه كان ذلك إبطالا للقياس والعرف من كل وجه والإعمال ولو بوجه أولى . قال (ومن أمر رجلا ببيع عبده الخ) (ومن أمر رجلا أن يبيع عبده فباعه وقبض الثمن أو لم يقبض فردّه المشتري على البائع بغير ، فلما أن يكون ذلك بقضاء أو بغيره ، فإن كان الأول فلا

عن صحة الأمر (بقوله وإذا صح فلا بد له من محل فجعلناه الثمن) أقول : ولا يمكن أن يحمل المحل عبارة الموكل وإلا يلزم أن يكون الوكيل بالشراء سفيها لا تتعلق به الحفوق ، وقد مر من الشارح كلام متعلق بتحقيق المقام فتذكر (قال المصنف : بغير لأ يحدث مثله) أقول : أي في تلك المدة كما يفهم من المقابلة ، يدل عليه قول القاضي يعلم أنه لا يحدث في مدة أشهر ، وهذا أهم مما لا يحدث أصلا أو يحدث لكن لا في تلك المدة .

لأن القاضي يتقن بحدوث العيب في يد البائع فلم يكن قضاؤه مستندا إلى هذه الحجج . وتأويل اشتراطها في الكتاب أن القاضي يعلم أنه لا يحدث مثله في مدة شهر مثلا لكنه اشتبه عليه تاريخ البيع فيحتاج إلى هذه الحجج لظهور التاريخ ، أو كان عيبا لا يعرفه إلا النساء أو الأطباء ،

على الموكل . فإن قيل : إذا أقر الوكيل بالعيب فلا حاجة حينئذ إلى قضاء القاضي لأنه يقبله لاحالة ، فما معنى ذكر قضاء القاضي مع الإقرار ؟ قلنا : يمكن أن يقر الوكيل بالعيب ويمتنع بعد ذلك عن القبول ، فقضاء القاضي كان إجبارا على القبول ، كذا في النهاية وكثير من الشروح . وأجاب صاحب العناية عن السؤال المذكور بوجه آخر حيث قال : فإن قلت : إن كان الوكيل مقررا بالعيب يردّ عليه فلا حاجة إلى قضاء القاضي فما فائدة ذكره ؟ قلت : الكلام وقع في الردّ على الموكل ، فإذا كان الرد على الوكيل بإقراره بلا قضاء لا يرد على الموكل ، وإن كان عيبا لا يحدث مثله في عامة روايات المبسوط فظهرت الفائدة إذا فافهمه واغتنمه . انتهى كلامه : أقول : هذا الجواب ليس بشاف ، إذ هو لا يحسم عرق السؤال ، لأن هاتيك الفائدة مترتبة على وقوع القضاء : أي حاصلة بعد حصوله ، وكلام السائل في سبب وقوع القضاء ابتداء . يعني أن القضاء إنما شرع لفصل الخصومات ورفع المنازعات ، ولا شك أن فصل الخصومة ورفع المنازعة فرع تحقق الخصومة والمنازعة ، وفيها إذا أقر الوكيل بالعيب لا خصومة ولا منازعة فلا حاجة إلى القضاء رأسا بأي سبب يقع القضاء حتى ترتب عليه تلك الفائدة ؟ فالجواب الشافي هو الأول لأن امتناع المقرّ بالعيب عن قبول المعيب يقتضي الاحتياج إلى وقوع القضاء عليه بالجبر على القبول . قال المصنف في تعليل المسئلة المذكورة (لأن القاضي يتقن بحدوث العيب في يد البائع) إذ الكلام في عيب لا يحدث مثله (فلم يكن قضاؤه مستندا إلى هذه الحجج) يعني البينة والنكول والإقرار . قال جماعة من الشراح : هذا جواب عن سؤال سائل وهو أن يقال : لما كان العيب لا يحدث مثله كالأصبع الزائدة لم يتوقف قضاء القاضي على وجود هذه الحجج ، بل ينبغي أن يقضى القاضي بدونها لعلمه قطعا بوجود هذا العيب عند البائع . فأجاب بأن قال : لم يكن قضاؤه مستندا إلى هذه الحجج الخ . أقول : لا يذهب على من له ذوق صحيح أن معنى هذا الكلام وإن كان صالحا لأن يكون جوابا عن ذلك السؤال ، إلا أن تفريع قوله ولم يكن قضاؤه مستندا إلى هذه الحجج على ما قبله بإدخال الفاء عليه يأتي ذلك جدا لأن منشأ السؤال ماسبق قبل هذا القول فكيف يتم تفريع الجواب عليه ؟ وكأن صاحب النهاية ذاق هذه البشاعة حيث قال في شرح قوله فلم يكن قضاؤه مستندا إلى هذه الحجج . هذا الذي ذكره دفع لسؤال سائل فقرر السؤال بالوجه المذكور . ثم لما جاء إلى تقرير الجواب قال : فأجاب عنه بقوله وتأويل اشتراطها في الكتاب أن القاضي يعلم الخ ، فجعل الجواب قوله وتأويل اشتراطها في الكتاب الخ دون قوله فلم يكن قضاؤه مستندا إلى هذه الحجج ، لكن لا يحدّد ذلك طائلا ، أما أولا فلأنه قد اعترف ابتداء في شرح قوله فلم يكن قضاؤه إلى آخره بأن هذا دفع لذلك السؤال وأما ثانيا فلأنه لا مجال لإخراج قوله فلم يكن قضاؤه مستندا إلى هذه الحجج عن جواب ذلك السؤال وإدخاله في التعليل للسابق ، لأن التعليل المذكور قد تمّ بدون القول المزبور . والجواب عن ذلك السؤال لا يتم بدون هذا كما لا يخفى . وأما صاحب معراج الدراية وغيره لما رأوا معنى الكلام بمقتضى المقام غير قابل للصرف إلى غير ذلك صرحوا بأن قوله فلم يكن قضاؤه مستندا الخ جواب عن ذلك السؤال ، ولكن لم يتعرض أحد منهم لبيان ركازة الفاء حينئذ ، فتخلص مما ذكرنا أنه لو قال المصنف ولم يكن قضاؤه مستندا إلى هذه الحجج بتبديل الفاء بالواو لكان كلامه أسلم وأوفى (وتأويل اشتراطها) أي اشتراط هذه الحجج (في الكتاب) يعني الجامع الصغير (أن القاضي يعلم أنه) أي العيب المذكور (لا يحدث مثله في مدة شهر مثلا لكنه اشتبه عليه) أي على القاضي (تاريخ البيع فيحتاج إلى هذه الحجج) أي إلى واحدة منها (لظهور التاريخ) أي لأجل ظهور التاريخ عنده حتى يتبين له أن هذا العيب كان في يد البائع فيرد المبيع عليه (أو كان عيبا) إشارة إلى تأويل آخر : أي أو كان للعيب الذي يريد المشتري الردّ به عيبا (لا يعرفه إلا النساء) كالقرن في الفرج ونحوه (أو الأطباء) أي أو عيبا لا يعرفه إلا الأطباء

يظهر إما أن يكون بعبء يحدث مثله أو لم يكن ؛ فإن لم يكن ، فلما أن يكون العيب ظاهرا والقاضي عاين البيع أو لم يكن ،

وقولهن وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة لافي الرد فيفتقر إليها في الرد ، حتى لو كان القاضي عاين البيع والعيب ظاهر لا يحتاج إلى شيء منها وهو رد على الموكل فلا يحتاج الوكيل إلى رد وخصومة . قال (وكذلك إن رده عليه بعيب يحدث مثله ببينة أو بإبلاء يمين) لأن البينة حجة مطلقة ، والوكيل مضطر في النكول

كالدق والسعال القديم (وقولهن) أى قول النساء (وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة) للمشتري (لا في الرد) أى ليس بحجة في الرد على البائع (فيفتقر) أى القاضي (إليها) أى إلى الحجج المذكورة (في الرد) على البائع . أقول : في هذا التأويل نظر ، إذ على هذا لا يتم قول المصنف فيما مرآ نفا ، فلم يكن قضاؤه مستندا إلى هذه الحجج والاحتياج ، إلى التأويل إنما كان لأجل تتميم ذلك بل على هذا لا يتم جواب أصل المسئلة أيضا ، إذ ينبغي حينئذ أن يكون الجواب في الرد على الأمور بعيب لا يحدث مثله مثل الجواب في الرد عليه بعيب يحدث مثله في صورة إن كان ذلك بإقرار ، لأنه لما لم يكن قول النساء ولا قول الأطباء حجة في حق الرد بل كان القاضي فيه مفتقرا إلى إحدى الحجج المذكورة فيما لا يحدث مثله أيضا كان قضاؤه على الأمور بإقراره قضاء بحجة قاصرة لم يضطر الأمور إليها ، فينبغي أن لا تتعدى إلى الأمر بعين مذكروا فيما يحدث مثله فتأمل . ثم إن صاحب الكافي زاد هاهنا تأويلا ثالثا وقدمه على التأويلين اللذين ذكرهما المصنف حيث قال : ومعنى شرط البينة والنكول والإقرار أن يشتبه على القاضي أن هذا العيب قديم أم لا . أو علم أنه لا يحدث في مدة شهر مثلا ، ولكن لا يعلم تاريخ البيع فاحتاج إلى هذه الحجج ليظهر التاريخ ، أو كان عينا لا يعرفه إلا النساء أو الأطباء كالقرن في الفرج ونحوه . وقولهن وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة ، ولكن لا يثبت الرد بقولهن فيفتقر إلى هذه الحجج للرد انتهى ، وذكره صاحب غاية البيان أيضا . أقول : ذلك التأويل بما لا يرى له وجه صحة هاهنا ، لأن الكلام في الرد بعيب لا يحدث مثله ، والعيب الذى يشتبه على القاضي أنه قديم أم لا مما يحدث مثله ، إذ لا شك أن المراد بما يحدث مثله ما يجوز أن يحدث مثله عند المشتري لا ما يتعين حدوثه عنده وإلا لما صح رده على البائع ولو بحجة ، وإن المراد بما لا يحدث مثله ما لا يجوز أن يحدث مثله عند المشتري ، فالذى يشتبه أنه قديم أم لا مما يجوز أن يحدث مثله وإلا لما اشتبه حاله ، فإن ما لا يجوز أن يحدث مثله قديم البتة (حتى لو كان القاضي عاين البيع والعيب ظاهر لا يحتاج) أى القاضي (إلى شيء منها) أى من تلك الحجج (وهو) أى الرد على الوكيل (رد على الموكل فلا يحتاج الوكيل إلى رد وخصومة) مع الموكل لأن الرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي ، والفسخ بالحجة الكاملة على الوكيل فسخ على الموكل (قال : وكذلك إذا رده) أى وكذلك الحكم إذا رد المشتري العبد (عليه) أى على الوكيل (بعيب) أى بسبب عيب (يحدث مثله ببينة) متعلق برده : أى رده عليه ببينة (أو بإبلاء يمين) أى بالنكول عن اليمين (لأن البينة حجة مطلقة) أى كاملة فتتعدى ، كذا في العناية وهو الظاهر . وقيل : أى مثبتة عند الناس كافة فيثبت بها قيام العيب عند الموكل فينفذ الرد على الموكل ، كذا في معراج الدراية أخذنا من الكافي (والوكيل مضطر في النكول) هذا جواب عن خلاص زفر في إباء عن يمين ، فإنه قال : لو رد

فإن كان الأول لا يحتاج إلى الحجة من بينة أو نكول أو إقرار لأن القاضي يثق بحدوث العيب في يد البائع وعاين البيع فيعلم التاريخ والعيب ظاهر فلا يحتاج للرد إليها ، وإن لم يكن فلا بد منها لا للقضاء بل لأنه إذا لم يعاين البيع قد يشتبه تاريخه فيحتاج إليها لظهوره ، وقد لا يكون العيب ظاهر كالقرن في الفرج والمرض الدق فيحتاج إلى النساء أو الأطباء في توجه الخصومة ، والرد لا يثبت بقول النساء أو الطبيب فيحتاج إلى الحجة ، وفي هاتين الصورتين الرد على الوكيل رد على الموكل فلا يحتاج إلى رد وخصومة لأن الرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي ، والفسخ بالحجة الكاملة على الوكيل فسخ على الموكل ، وإن كان بعيب يحدث مثله ، فإن رده ببينة أو بإبلاء يمين فكذلك لأن البينة حجة مطلقة : أى كاملة فتتعدى ، والوكيل في النكول مضطر لبعث العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسته المبيع فلزم الأمر ، وإن رده بإقرار لزم الوكيل لأن الإقرار حجة قاصرة وهو غير مضطر إليه لأنه أمكنه

(قال المصنف : فيفتقر إليها) أقول : قال الإتقاني : أى فيفتقر المشتري إلى الحجة وهي نكول البائع عن اليمين مثلا برده المبيع انتهى . (١٢ - تكملة فتح القدير حنى - ٨)

لبعد العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسته المبيع فلزم الأمر . قال (فإن كان ذلك بإقراره لزم المأمور) لأن الإقرار حجة قاصرة وهو غير مضطر إليه لإمكانه السكوت والنكول ، إلا أن له أن يخاصم الموكل فيلزمه بيئته أو بنكوله ، بخلاف ما إذا كان الرد بغير قضاء والعيب يحدث مثله حيث لا يكون له أن يخاصم بائعه لأنه يبيع جديد في حق ثالث والبائع ثالثهما ، والرد بالقضاء فسخ

على الوكيل بنكوله لم يكن له أن يردده على الموكل كمن اشترى شيئا وباعه من غيره ، ثم إن المشتري الثاني وجد عيبا فردده على المشتري الأول بنكوله لم يكن له أن يردده على بائعه ، فجعل هذا وما لو ردّ عليه بإقراره سواء في حق البائع ، فكنا في حق الوكيل ، ولكننا نقول : الوكيل مضطر في هذا النكول (لبعد العيب عن علمه) أى عن علم الوكيل (اعتبار عدم ممارسة المبيع) فإنه لم يمارس أحوال المبيع وهو العبد فلا يعرف بعيب ملك الغير فيخاف أن يحلف كاذبا فينكول ، والموكل هو الذى أوقعه في هذه الورطة فكان الخلاص عليه فيرجع عليه بما يلحقه من العهدة (فيلزم الأمر) أى فيلزم العبد الأمر أو فيلزم حكم النكول الأمر ، بخلاف ما إذا أقرّ فإنه غير مضطر إلى الإقرار لأنه يمكنه أن يسكت حتى يعرض عليه اليمين ويقضى عليه بالنكول فيكون هو في الإقرار مختارا لا مضطرا ، وبخلاف المشتري الأول فإنه مضطر إلى النكول ، ولكن في عمل بائعه لنفسه فلا يرجع بعهدة عمله على غيره ، كذا في المبسوط والفوائد الظهيرية (قال) أى محمد في الجامع الصغير (فإن كان ذلك) أى الرد على الوكيل (بإقرار) أى بإقراره (لزم المأمور) أى لزم العبد المأمور وهو الوكيل (لأن الإقرار حجة قاصرة) فيظهر في حق المقرّ دون غيره (وهو) أى المأمور (غير مضطر إليه) أى إلى الإقرار (لإمكانه السكوت والنكول) برفع السكوت والنكول : يعنى يمكنه السكوت والنكول حتى يعرض عليه اليمين ويقضى عليه بالنكول (إلا أن له أن يخاصم الموكل) يعنى لكن للوكيل أن يخاصم الموكل (فيلزمه بيئته أو بنكوله) أى بنكول الموكل . قال بعض الفضلاء : لم يذكر الإقرار إذ لا فائدة في المخاصمة هنا إذا كان مقرا بخلاف الوكيل انتهى . أقول : ليس هذا بتمام ، إذ يجوز أن يقرّ الموكل بالعيب ويمتنع بعد ذلك عن القبول ؛ ففائدة الخصومة أن يجبره القاضى على القبول كما قالوا في إقرار الوكيل ، على أنه يجوز أن يظهر لإقرار الموكل بعد مخاصمة الوكيل لا قبلها ، فلا معنى لقوله إذ لا فائدة في المخاصمة هاهنا إذا كان مقرا فتدبر (بخلاف ما إذا كان الرد) أى الرد بإقرار الوكيل (بغير قضاء) يعنى أن ما سبق من أن للوكيل أن يخاصم الموكل فيما إذا كان الرد على الوكيل بقضاء القاضى بإقراره ، وأما إذا كان ذلك بغير قضاء (والعيب يحدث مثله) فبخلافه (حيث لا يكون له أن يخاصم بائعه) يعنى الموكل (لأنه) أى الرد بالإقرار والرضا من غير قضاء (يبيع جديد في حق ثالث) وإن كان فسخا في حق المتعاقدين (والبائع) يعنى الموكل (ثالثهما) أى ثالث المتعاقدين وهما الوكيل والمشتري . قال صاحب غاية البيان : وكان ينبغي أن يقول أن يخاصم موكله أو يقول أمره ، وكان ينبغي أيضا أن يقول مكان قوله والبائع ثالثهما والموكل ثالثهما أو الأمر ثالثهما ، لأن الكلام في مخاصمة الوكيل مع الموكل وهو ليس ببائع انتهى . واعتذر عنه صاحب العناية بأن قال : عجز عنه بالبائع لأن المبيع لما انتقل إلى الوكيل وتقرر عليه بأمر قد حصل من جهته فكأنه باعه إياه انتهى (والردّ بالقضاء فسخ) هذا جواب سؤال وهو أن يقال : ينبغي أن لا يكون للوكيل حق الخصومة مع الموكل أصلا فيما إذا حصل الرد بإقرار الوكيل لكونه يبيعا جديدا في حق الموكل ، فقال الردّ بالقضاء فسخ

السكوت أو الإنكار حتى تعرض عليه اليمين ويقضى بالنكول ، لكن له أن يخاصم الموكل فيلزمه بيئته أو بنكول الموكل لأن

ولعله قصور (قال المصنف : فإن كان ذلك بإقرار لزم المأمور) أقول : قال الكاكي : وإذا كان عيبا لا يحدث مثله فردده بإقراره بقضاء يكون ردا على الموكل باتفاق الروايات ، لأن القاضى فسخ العقد بينهما بعلمه بقيام العيب عند البائع لإقراره فيلزم الأمر كما لو رده بيئته انتهى . بقى هاهنا أمر وهو ما إذا كان علم القاضى للعيب القديم بإقرار الوكيل بأن كانت الجارية ملكا للوكيل ثم باعها من الموكل ووهبها له ثم باعها الوكيل بالوكالة من آخر فأراد المشتري الرد عليه بعيب القرن أو الرثق أو الفتق وأقر الوكيل عند القاضى بعيب فنى مثل هذه الصورة ينبغي أن يلزم الوكيل وكان له أن يخاصم الأمر بجرىان الدليل بعينه فليتأمل (قوله أو بنكول الموكل الخ) أقول : لم يذكر الإقرار

لعموم ولاية القاضى ، غير أن الحجة قاصرة وهى الإقرار ؛ فمن حيث الفسخ كان له أن يخصمه ، ومن حيث القصور لا يلزم الموكل إلا بحجة ، ولو كان العيب لا يحدث مثله والرد بغير قضاء بإقراره يلزم الموكل من غير خصوصية فى رواية لأن الرد متعين ،

(لعموم ولاية القاضى) يعنى أن الرد بالقضاء لا يحتمل أن يكون عقدا مبتدأ لفقد شرطه وهو القراضى لأن القاضى يردّه على كره منه فيجعل فسخا لعموم ولاية القاضى (غير أن الحجة قاصرة وهى الإقرار) يعنى لكن الفسخ استند إلى حجة قاصرة وهى الإقرار فعملنا بالجهتين (فمن حيث الفسخ) أى من حيث أن الردّ بالقضاء فسخ (كان له) أى للوكيل (أن يخصم) أى مع الموكل (ومن حيث القصور فى الحجة) أى من حيث أن الإقرار حجة قاصرة (لا يلزم الموكل إلا بحجة) أى إلا بإقامة الوكيل الحجة على الموكل . قال صاحب العناية : وهذه فائدة الحاجة إلى القضاء مع الإقرار فيسقط ما قال فى النهاية إذا أقرّ الوكيل بالعيب ، لا حاجة حينئذ إلى قضاء لأنه يقبله لاحتمال انتهى . أقول : فيه بحث ، إذ قد عرفت فيما ذكرناه من قبل أن هذه الفائدة فائدة مترتبة على تحقق القضاء حاصله بعد حصوله ، وما قال فى النهاية إنما هو فى أصل تحقق القضاء وحصوله ابتداء . فإنه إذا أقرّ الوكيل بالعيب لم يبق هناك حاجة إلى قضاء ، فمن أى وجه يتحقق القضاء حتى ترتب عليه الفائدة المذكورة ، وهذا كلام جيد لا يسقط بما توهمه صاحب العناية ، فإن للسائل أن يقول ثبت العرس ثم انقش . ثم إن صاحب النهاية لم يثبت على ذلك القول بل ذكره بطريق السؤال ، وأجاب عنه بأن قال : يمكن أن يقرّ الوكيل بالعيب ويمتنع بعد ذلك عن القبول ، فقضاء القاضى كان جبرا عليه على القبول انتهى . وقد ذكرنا السؤال والجواب فى أول المسئلة ، ولا يخفى أن ذلك الجواب جواب حسن ووجه وجهه ، فإن فيه لمندوحة عن التوجيه الذى تمحل به المصنف فى باب خيار العيب فى مسئلة رد المشتري الثانى على المشتري الأول بعيب بقضاء القاضى بإقرار أو بينة أو بإبائه يمين حيث قال هناك : ومعنى القضاء بالإقرار أنه أنكر الإقرار فأثبت بالبينة انتهى فتفكر . فإن قيل إذا كان الرد بإقرار الوكيل بغير قضاء ينبغى أن يكون له ولاية الرد على الموكل كما فى الوكيل بالإجارة ، فإنه إذا أجر وسلم ثم طعن المستأجر فيه بعيب فقبل الوكيل بغير قضاء فإنه يلزم الموكل ولم يعتبر إجارة جديدة فى حق الموكل ، فكذا هذا . قلنا : من أصحابنا من قال : لا فرق بينهما فى الحقيقة لأن المعقود عليه فى إجارة الدار لا يصير مقبوضا بقبض الدار ، ولهذا لو تلف بانهدام الدار كان فى ضمان المؤجر ، فيكون هذا من المبيع بمنزلة ما لو قبله الوكيل بالعيب قبل القبض بغير قضاء وهناك يلزم الأمر فكذا فى الإجارة . وقال : شمس الأئمة السرخسى : وفى الكتاب علل للفرق بين الفصلين ، وقال : إن فسخ الإجارة ليس بإجارة فى حق أحد ، لأن على إحدى الطريقتين الإجارة عقود متفرقة بتجدها انعقادها بحسب ما يحدث من المنافع ، فبعد الردّ بالعيب يمتنع الانعقاد إلا أن يجعل ذلك عقدا مبتدأ . وعلى الطريقة الأخرى العقد منعقد باعتبار إقامة الدار مقام المعقود عليه وهو المنفعة ، وهذا حكم قد ثبت بالضرورة فلا يعدو موضعها ، ولا ضرورة إلى أن يجعل الرد بالعيب عقدا مبتدأ لقيام الدار مقام المنفعة ، كذا فى النهاية ومعراج الدراية (ولو كان العيب لا يحدث مثله والرد بغير قضاء) أى وكان الرد بغير قضاء (بإقراره) أى بإقرار الوكيل (يلزم الموكل من غير خصوصية فى رواية) أى فى رواية كتاب البيوع من الأصل (لأن الرد متعين) وذلك لأنهما فعلا غير ما يفعله القاضى لورفع الأمر إليه ، فإنهما لو رفعوا الأمر إليه فى عيب لا يحدث مثله رده على الوكيل ولا يكلفه إقامة الحجة على ذلك وكان ذلك ردا على الموكل . قال فى الكافي : فإذا تعين الردّ صار تسليم الخصم وتسليم

الرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضى ، غير أن الحجة وهى الإقرار قاصرة ؛ فمن حيث الفسخ كان له أن يخصمه ، ومن حيث القصور لا يلزمه ، وهذه فائدة الحاجة إلى القضاء مع الإقرار فيسقط ما قال فى النهاية إذا أقرّ الوكيل بالعيب لا حاجة حينئذ إلى قضاء القاضى لأنه يقبله لاحتمال . وإن كان الثانى ، فلما أن يكون بعيب يحدث مثله أولا ، فإن كان الأول وكان رده بإقرار لم

إذ لافائدة فى الخصامة هنا إذا كان مقرا ، بخلاف الوكيل (قال المصنف : ومن حيث القصور لا يلزم الموكل إلا بحجة) أقول : وعدم الاضطراب إليه ، وهذا مراد أيضا كما يفهم من تقرير المصنف ، وإلا فينبغى أن لا يلزم الموكل فى صورة النكول أيضا إلا بحجة ، لأن النكول حجة قاصرة أيضا خصوصا على أصلهما فإنه إقرار عندهما (قوله لأنه يقبله لاحتمال) أقول : إذ لا نسلم أنه يقبله بدون القضاء فلا

وفي عامة الروايات ليس له أن يخاصمه لما ذكرنا والحق في وصف السلامة ثم ينتقل إلى الرد ثم إلى الرجوع بالنقصان فلم يتعين الرد ، وقد بيناه في الكفاية بأطول من هذا . قال (ومن قال لآخر أمرك ببيع عبدى بنقد فبعته بنسيئة وقال المأمور أمرتنى ببيعه ولم تقل شيئا فالقول قول الأمر) لأن الأمر يستفاد من جهته ولا دلالة على الإطلاق . قال (وإن اختلف في ذلك المضارب ورب المال فالقول قول المضارب)

القاضى سواء كتسلم الشفعة وقضاء الدين والرجوع في الهبة (وفي عامة الروايات) أى عامة روايات المبسوط (ليس له) أى للوكيل (أن يخاصمه) يعنى لا يلزم الموكل وليس للوكيل أن يخاصمه (لما ذكرنا) إشارة إلى قوله لأنه يبيع جديد في حق ثالث (والحق) أى حق المشتري (في وصف السلامة) هذا جواب عن قوله في رواية كتاب البيوع لأن الرد متعين : يعنى لانسلم أن الرد متعين لأن حق المشتري يثبت أولا في الجزء الفائت وهو وصف السلامة (ثم ينتقل) بضرورة العجز عن ذلك (إلى الرد ، ثم) ينتقل بامتناع الرد بحدوث عيب أو بحدوث زيادة في المبيع (إلى الرجوع بالنقصان فلم يتعين الرد) وفيما ذكر من المسائل الحق متعين لا يحتمل التحويل إلى غيره فلا يتم القياس لعدم الجامع . قال المصنف (وقد بيناه في الكفاية بأطول من هذا) يريد بالكفاية كفاية المنتهى وهى شرح للبداية : ألفها المصنف قبل الهداية كما ذكره في الديباجة ، ولم نعلم وجود نسخها الآن ولم نسمع أن أحدا رآها . قال الإمام الزيلعي في التبيين بعد بيان المقام على الوجه المذكور : وهكذا ذكر الروايتان في شروح الجامع الصغير وغيرها ، وبين الروايتين تفاوت كثير لأن فيه نزولا من الزوم إلى أن لا يخاصم بالكلية . وكان الأقرب أن يقال : لا يلزمه ولكن له أن يخاصم انتهى . أقول : ولعمري إن رتبته لاتتحمل الإقدام على مثل هذا الكلام ، لأن ما عدّه أقرب قول ثالث لا رواية فيه عن المجتهدين فكيف يصح الجراءة عليه من عند نفسه سيما بعد الاطلاع على الأدلة المذكورة فلنما تقتضى ما في إحدى الروايتين البتة لا غير كما لا يخفى على المتأمل (قال) أى قال محمد في الجامع الصغير (ومن قال لآخر أمرك ببيع عبدى بنقد فبعته بنسيئة وقال المأمور أمرتنى ببيعه ولم تقل شيئا فالقول قول الأمر) يعنى إذا اختلف الأمر والمأمور في إطلاق التصرف وتقييده فقال الأمر أمرك ببيع عبدى بنقد فبعته بنسيئة وقال المأمور بل أمرتنى ببيعه ولم تقل شيئا زائدا عليه فالقول قول الأمر (لأن الأمر يستفاد من جهته) أى من جهة الأمر . ومن يستفاد الأمر من جهته فهو أعلم بما قاله فكان هو المعتبر ، إلا إذا كان في العقد ما يخالف مدعاه وليس بموجود ، وقد أشار إليه بقوله (ولا دلالة على الإطلاق) إذ الأمر بالبيع قد يكون مقيدا وقد يكون مطلقا ولا دليل على أحد الوجهين . على أن الأصل في عقد الوكالة التقييد لأن مبناه على التقييد حيث لا يثبت بدون ذلك ، فإنه ما لم يقل وكلتك ببيع هذا الشيء لا يكون وكيفا ببيعه ؛ ألا يرى أنه لو قال لغيره وكلتك بمالى أو فى مالى لا يملك إلا الحفظ وكان مدعيا لما هو الأصل فيه فكان القول قوله (قال) أى محمد في الجامع الصغير (وإن اختلف في ذلك) أى في الإطلاق والتقييد (المضارب ورب المال) فقال رب المال أمرك بالنقد وقال المضارب بل دفعت مضاربة ولم تعين شيئا (فالقول قول المضارب) قال صاحب العناية في تصوير الاختلاف هاهنا : فقال رب المال أمرك أن تعمل فى البز وقال

الوكيل وليس له أن يخاصم أمره ، وعبر عنه بالبائع لأن المبيع لما انتقل إلى الوكيل وتقرر عليه بأمره قد حصل من جهته فكانه باعه إياه لأنه يبيع جديد في حق ثالث حيث فسخ واسترد برضاه من غير قضاء ، والبائع : أى الموكل ثالثهما . وإن كان الثانى والرد بإقرار لزم الموكل بغير خصومة في رواية بيوع الأصل لأن الرد متعين ، وذلك لأنهما فعلا عين ما يفعله القاضى إن رفع الأمر إليه ، فإنهما لو رفعوا الأمر إليه في عيب لا يحدث مثله رده عليه من غير تكليف بإقامة الحجة على ذلك وكان ذلك ردا على الموكل . وفي عامة الروايات أنه لا يلزم الأمر ، وليس للمأمور أن يخاصمه لما ذكرنا أنه يبيع جديد في حق ثالث . وقوله الرد متعين ممنوع لأن حق المشتري في الجزء الفائت ثم ينتقل إلى الرد ثم إلى الرجوع بالنقصان ، ولم يذكر صورة الرد بالبينة والنكول لعدم تأنيهما لدى عدم القضاء . قال (ومن قال لآخر أمرك ببيع عبدى بنقد الخ) إذا اختلف الأمر والمأمور في إطلاق

تفاوت تلك الفائدة (قوله ثم إنه ينتقل إلى الرد ثم إلى الرجوع) أقول : إذا امتنع الرد بتعيب المبيع عند المشتري بعيب آخر .

لأن الأصل في المضاربة العموم : ألا ترى أنه يملك التصرف بذكر لفظ المضاربة فقامت دلالة الإطلاق ، بخلاف ما إذا ادعى رب المال المضاربة في نوع والمضارب في نوع آخر حيث يكون القول لرب المال لأنه سقط الإطلاق بتصادقهما فنزل إلى الوكالة المحضة ثم مطلق الأمر بالبيع ينتظمه نقدا ونسيئة إلى أي أجل كان عند أبي حنيفة ، وعندهما يتقيد بأجل متعارف والوجه قد تقدم . قال (ومن أمر رجلا ببيع عبده فباعه وأخذ بالثمن رهنا فضاع في يده أو أخذ به كفيلا فتوى المال عليه فلا ضمان عليه)

المضارب دفعت إلى المال مضاربة ولم تقل شيئا . أقول : هذا التصوير لا يطابق المشروح وهي مسألة الجامع الصغير . فإن صورتها هكذا : محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل دفع إلى رجل مالا مضاربة فاختلفا فقال رب المال أمرتك أن تبيعه بالنقد دون ما سواه ، وقال المضارب أعطيتني المال مضاربة ولم تقل شيئا . قال القول قول المضارب الذي أخذ المال . انتهى لفظ محمد . قال المصنف في تعليل هذه المسئلة (لأن الأصل في المضاربة العموم) يعني أن الأمر وإن كان مستفادا من جهة رب المال إلا أن في العقد ما يخالف دعواه بناء على أن الأصل في المضاربة العموم والإطلاق (ألا ترى أنه) أي المضارب (يملك التصرف بذكر لفظ المضاربة) يعني أن المضاربة تصح عند الإطلاق ويثبت الإذن عاما (فقامت دلالة الإطلاق) أي فقامت الدلالة على الإطلاق ، فمن ادعى الإطلاق في المضاربة كان مدعيا لما هو الأصل فيها ، فكان القول قوله (بخلاف ما إذا ادعى رب المال المضاربة في نوع) أي في نوع مسمى (والمضارب في نوع آخر) أي وادعى المضارب المضاربة في نوع آخر (حيث يكون القول لرب المال لأنه سقط الإطلاق فيه بتصادقهما فنزل) أي عقد المضاربة (إلى الوكالة المحضة) وفيها القول للأمر كما مر آنفا (ثم مطلق الأمر بالبيع) في صورة الوكالة (ينتظمه) أي ينظم البيع (نقدا ونسيئة إلى أي أجل كان) متعارف عند التجار في تلك السلعة أو غير متعارف فيها (عند أبي حنيفة . وعندهما يتقيد بأجل متعارف) حتى لو باع بأجل غير متعارف عند التجار بأن باع إلى خمسين سنة جاز عنده خلافا لهما (والوجه قد تقدم) أي الوجه من الجانبين قد تقدم في مسألة الوكيل بالبيع ، فإن أبا حنيفة عمل بالإطلاق وهما بالمتعارف . قال صاحب الغاية : وكان الأنسب أن يذكر مسألة النسيئة في أوائل الفصل عند قوله والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير كما أشار إلى ذلك الموضع بقوله والوجه قد تقدم (قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن أمر رجلا ببيع عبده فباعه وأخذ بالثمن رهنا فضاع) أي الرهن (في يده أو أخذ به) أي بالثمن (كفيلا فتوى المال عليه) أي على الكفيل (فلا ضمان عليه) أي على المأمور . قال الكاسي في معراج الدراية : فلا ضمان عليه : أي على الكفيل ،

التصرف وتقيدده فقال الأمر أمرتك ببيع عبدى بنقد فبعته بنسيئة وقال المأمور بل أمرتني ببيعه ولم تقل شيئا فالقول للأمر لأن الأمر يستفاد من جهته ، ومن يستفاد الأمر من جهته أعلم بما قاله فكان هو المعتبر ، إلا إذا كان في العقد ما يخالف مدعاه ، وليس ذلك بموجود لأن عقد الوكالة مبناه على التقيد حيث لا يثبت بدون التقيد ، فإنه ما لم يقل وكلتك ببيع هذا الشيء لا يكون وكيلا ببيعه ، ولو قال وكلتك بمالي أو في مالي لا يملك إلا الحفظ فليس في العقد ما يبدل على خلاف مدعاه من الإطلاق ، ولو اختلف المضارب ورب المال في الإطلاق والتقيد فقال رب المال أمرتك أن تعمل في البرّ وقال المضارب دفعت إلى المال مضاربة ولم تقل شيئا فالقول للمضارب ، لأن الأمر وإن كان مستفادا من جهة رب المال إلا أن في العقد ما يخالف دعواه لأن الأصل في المضاربة العموم ، ألا ترى أنه يملك التصرف بذكر لفظ المضاربة فكانت دلالة الإطلاق قائمة ، بخلاف ما إذا ادعى رب المال المضاربة في نوع والمضارب في نوع آخر حيث يكون القول لرب المال لأنه سقط الإطلاق بتصادقهما فنزل إلى الوكالة المحضة وفيها القول للأمر كما مر آنفا (ثم مطلق الأمر بالبيع ينتظمه نقدا ونسيئة إلى أي أجل كان) متعارف ، عند التجار في تلك السلعة أو غير متعارف فيها كالبيع إلى خمسين سنة عند أبي حنيفة رحمه الله . وعندهما يتقيد بأجل متعارف ، والوجه (من الجانبين) (تقدم) في مسألة الوكيل بالبيع أنه يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عنده خلافا لهما (ومن أمر رجلا ببيع عبده فباعه وأخذ بالثمن رهنا فضاع في يده أو أخذ به كفيلا فتوى المال عليه فلا ضمان عليه) قيل المراد بالكفالة هاهنا الحوالة لأن التوى (قوله قيل المراد ، بالكفالة ، إلى قوله : يرفع الأمر إلى حاكم يرى براءة الأصل فيحكم على ما يراه ويموت الكفيل مقلدا)

لأن الوكيل أصيل في الحقوق وقبض الثمن منها والكفالة توثق به . والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء فيملكهما بخلاف الوكيل بقبض الدين لأنه يفعل نيابة وقد أنابه في قبض الدين دون الكفالة وأخذ الرهن والوكيل بالبيع يقبض أصالة ولهذا لا يملك الموكل حججه عنه .

وتبعه الشارح العيني . أقول : لا وجه له أصلا ، إذ الضمان على الكفيل أمر مقرر ليس بمحل الشك فضلا عن الحكم بخلافه ، وإنما الكلام في عدم الضمان على الوكيل إذ هو محل شبهة فهو مورد البيان ؛ ألا يرى قول المصنف في تعليل المسئلة (لأن الوكيل أصيل في الحقوق) أى في حقوق العقد (وقبض الثمن منها) أى من الحقوق (والكفالة توثق به) أى بالثمن (والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء) أى لجانب استيفاء الثمن فقد ازداد بالكفالة والرهن معنى الوثيقة فكانا مؤكدين لحق استيفاء الثمن (فيملكهما) أى فيملكهما الوكيل ، فإذا ضاع الرهن في يده لم يضمن لأن استيفاء الرهن كاستيفاء الثمن من حيث أنه بدله أقيم مقامه ، ولو هلك الثمن في يده هلك أمانة فكذلك الرهن . وقيل المراد بالكفالة هاهنا الحوالة لأن التوى لا يتحقق في الكفالة لأن الأصل لا يبرأ . وقيل بل هي على حقيقتها ، والتوى فيها بأن يموت الكفيل والأصيل مفلسين . وقيل التوى فيها بأن يرفع الأمر إلى حاكم يرى براءة الأصل فيحكم على ما يراه أو يموت الكفيل مفلسا ، كذا في الشروح . واعلم أن القول الثالث هو الذي ذهب إليه صاحب الكافي حيث قال : فتوى المال على الكفيل بأن رفع الأمر إلى قاض يرى براءة الأصل بنفس الكفالة كما هو مذهب مالك فيحكم براءة الأصل فتوى المال على الكفيل انتهى . وإن الإمام الزيلعي قد اختار ذلك ، وزيف القولين الأولين حيث قال في التبيين : وفي النهاية المراد بالكفالة هاهنا الحوالة ، لأن التوى لا يتحقق في الكفالة ، وقيل الكفالة على حقيقتها ، فإن التوى يتحقق فيها بأن مات الكفيل والمكفول عنه مفلسين ، وهذا كله ليس بشيء لأن المراد هاهنا توى مضاف إلى أخذه الكفيل بحيث أنه لو لم يأخذ كفيلا أيضا لم يتو دينه كما في الرهن ، والتوى الذي ذكره هاهنا غير مضاف إلى أخذ الكفيل بدليل أنه لو لم يأخذ كفيلا أيضا لتوى يموت من عليه الدين مفلسا ، وحمله على الحوالة فاسد لأن الدين لا يتوى فيها يموت المحال عليه مفلسا بل يرجع به على التحيل ، وإنما يتوى بموتهما مفلسين فصار كالكفالة . والأوجه أن يقال : المراد بالتوى توى مضاف إلى أخذه الكفيل ، وذلك يحصل بالرافعة إلى حاكم يرى براءة الأصل عن الدين بالكفالة ولا يرى الرجوع على الأصل بموته مفلسا مثل أن يكون القاضى مالكا ويحكم به ثم يموت الكفيل مفلسا إلى هاهنا كلامه فتأمل (بخلاف الوكيل بقبض الدين) إذا أخذ بالدين رهنا أو كفيلا فإنه لا يجوز (لأنه) أى الوكيل بقبض الدين (يفعل نيابة) أى يتصرف نيابة عن الموكل حتى إذا ناه الموكل عن القبض صح نفيه (وقد أنابه في قبض الدين دون الكفالة وأخذ الرهن) فيقتصر على قدر المأمور به دون غيره (والوكيل بالبيع يقبض) أى بقبض الثمن (أصالة) لا نيابة (ولهذا لا يملك الموكل حججه عنه) أى عن قبض الثمن ، فينزل الوكيل في ذلك منزلة المالك ، والمالك لو أخذ بالثمن رهنا أخذ به كفيلا جاز فكذلك الوكيل بالبيع .

لا يتحقق في الكفالة لأن الأصل لا يبرأ . وقيل بل هي على حقيقتها ، والتوى فيها بأن يموت الكفيل والأصيل مفلسين ، وقيل التوى فيها هو أن يأخذ كفيلا ويرفع الأمر إلى حاكم يرى براءة الأصل فيحكم على ما يراه ويموت الكفيل مفلسا ، وإنما لم يكن عليه ضمان لأن الوكيل أصيل في الحقوق ، وقبض الثمن منها والكفالة توثق به ، والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء ، ولو استوفى الثمن وهلك عنده لم يضمن فكذا إذا قبض بدله ، بخلاف الوكيل بقبض الدين إذا أخذ بالدين رهنا أو كفيلا فإنه لا يجوز لأنه يتصرف نيابة حتى إذا ناه عن القبض صح نفيه وقد استأنبه في قبض الدين دون الكفالة والرهن والوكيل بالبيع يقبض الثمن أصالة لا نيابة ولهذا لا يملك الموكل حججه عن القبض .

أقول : قوله يرفع الأمر إلى حاكم : يعنى إلى حاكم مالكي يرى براءة الأصل ولا يرى الرجوع على الأصل بموت الكفيل مفلسا . ورجح

(فصل)

قال (وإذا وكل وكيلين فليس لأحدهما أن يتصرف فيما وكلا به دون الآخر) وهذا في تصرف يحتاج فيه إلى
الرأى كالبيع والخلع وغير ذلك ،

(فصل)

لما ذكر حكم وكالة الواحد ذكر في هذا الفصل حكم وكالة الاثنين لما أن الاثنين بعد الواحد فكذا حكمهما ، كذا في
الشروح . قال في غاية البيان بعد ذكر هذا الوجه : ولكن مع هذا لم يكن لذكر الفصل كبير حاجة ، إلا أن يقال : يفهم هنا
شيء آخر غير الوكالة بالبيع وهو الوكالة بالخلع والطلاق والتزويج والكتابة والإعتاق والإجارة ، وهذا حسن انتهى (وإذا
وكل وكيلين فليس لأحدهما أن يتصرف فيما وكلا به دون الآخر) هذا لفظ القدوري في مختصره . اعلم أن هذا الحكم فيما إذا
وكلهما بكلام واحد بأن قال وكتلتهما ببيع عبدى أو بخلع امرأتى ، وأما إذا وكلهما بكلامين كان لكل واحد منهما أن يتصرف
بالتصرف كما صرح به في المبسوط حيث قال في باب الوكالة بالبيع والبراء : وإذا وكل رجلا ببيع عبده ووكل آخر به أيضا
فأيهما باع جاز لأنه رضى برأى كل واحد منهما على الانفرد حيث وكله ببيعه وحده ، بخلاف الوصيين إذا أوصى إلى كل
واحد منهما في عقد على حدة حيث لا ينفرد واحد منهما بالتصرف في أصح القولين لأن وجوب الوصية بالموت ، وعند الموت
صارا وصيين جملة واحدة ، وهاهنا حكم الوكالة يثبت بنفس التوكيل ، فإذا أفرد كل واحد منهما بالعقد استبد كل واحد
منهما بالتصرف انتهى . قال المصنف (وهذا) أى الحكم المذكور في مختصر القدوري وهو عدم جواز تصرف أحد الوكيلين
بدون الآخر (في تصرف يحتاج فيه إلى الرأى كالبيع والخلع وغير ذلك) أقول : فيه شيء ، وهو أنه لو كان هذا الذى ذكره
القدوري في مختصره مقيدا بتصرف يحتاج فيه إلى الرأى لما احتاج إلى استثناء أمور أربعة من الأمور الخمسة التى استثنى التوكيل
بها من الحكم المذكور ، وهى ما سوى الخصومة لأنها مما لا يحتاج فيه إلى الرأى كما سيأتى التصريح به من المصنف ، ومع ذلك
لما تم الجمع بين تلك الأمور الخمسة فى الاستثناء بكلمة واحدة ، لأن الاستثناء يصير حينئذ متصلا بالنظر إلى التوكيل
بالخصومة ومنقطعاً بالنظر إلى التوكيل بما سواها ، وقد تقرر فى كتب الأصول أن صيغة الاستثناء حقيقة فى المتصل مجاز فى
المنقطع ، فيلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز ، فالأظهر أن كلام القدوري هاهنا مطلق ، وبعد الاستثناء الآتى يخرج منه ما لا يحتاج
فيه إلى الرأى ، وما يحتاج فيه إلى الرأى ولكن يتعذر الاجتماع عليه كالخصومة ويصير الاستثناء متصلا بالنظر إلى الكل فينظم
المقام ويتضح المرام . فإن قلت : ليس مراد المصنف أن كلام القدوري هاهنا مقيد بما ذكره المصنف قبل دخوله الاستثناء عليه

(فصل)

وجه تأخير وكالة الاثنين عن وكالة الواحد ظاهر طبعاً ووضعاً (وإذا وكل وكيلين ، فإن كان ذلك بكلامين كان لكل واحد
منهما أن ينفرد بالتصرف) لأنه رضى برأى كل واحد منهما على الانفرد حيث وكلهما متعاقبا وإن كان بكلام واحد وهو
المراد بما فى الكتاب فليس لأحدهما أن يتصرف فيما وكلا به دون الآخر سواء كانا ممن تلزمهما الأحكام أو أحدهما صبي أو عبد
محجور ، إن كان التصرف مما يحتاج فيه إلى الرأى كالبيع والخلع وغير ذلك إذا قال وكتلتهما ببيع كذا أو بخلع كذا لأن الموكل

الزليلى القيل الثالث لأن المراد توى مضاف إلى أخذ الكفيل بحيث أنه لو لم يأخذ كفيلا لم يتو دينه كما فى الرهن ولا يتحقق ذلك فى القيل
الثانى ، لأنه لو لم يأخذ كفيلا لتوى بموت من عليه الدين مقلدا ، وفى الحوالة لا يتوى بل يرجع به على المكيل .

(فصل)

لأن الموكل رضى برأيهما لأبرأى أحدهما ، والبدل وإن كان مقدرا ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأى فى الزيادة واختيار المشتري . قال (إلا أن يوكلهما بالخصومة) لأن الاجتماع فيها متعذر للإفضاء إلى الشغب فى مجلس القضاء والرأى يحتاج إليه سابقا لتقويم الخصومة

حتى يرد عليه ما ذكر ، بل مراده بيان حاصل المعنى بملاحظة دخول الاستثناء الآتى عليه . قلت : حاصل المعنى هاهنا بملاحظة الاستثناء الآتى أن يكون التوكيل فى تصرف يحتاج فيه إلى الرأى ولا يتعذر الاجتماع عليه ، وهذا أخص مما ذكره المصنف ، فبيان المعنى هاهنا بما ذكره لا يطابق الحاصل من كلام القدورى لا قبل الاستثناء ولا بعده فلا يجدى كبير طائل كما لا يخفى . وقال المصنف فى تعليل أصل المسئلة (لأن الموكل رضى برأيهما لأبرأى أحدهما) إذ لا ينال برأى أحدهما ما ينال برأيهما ، حتى إن رجلا لو وكل رجلين ببيع أو شراء فباع أحدهما أو اشترى والآخر حاضر لم يجز إلا أن يجز الآخر . وفى المتن : وكل رجلين ببيع عبده فباعه أحدهما والآخر حاضر فأجاز بيعه جاز ، وإن كان غائبا عنه فأجاز له لم يجز فى قول أبى حنيفة ، كذا فى الذخيرة . وذكر فى المبسوط : لو وكل رجلين ببيع شيء وأحدهما عبد محجور أو صبي لم يجز للآخر أن يفرد ببيعته لأنه مارضى ببيعته وحده حين ضم إليه رأى الآخر ، ولو كانا حرين فباع أحدهما والآخر حاضر فأجاز كان جائزا لأن تمام العقد برأيهما ، ولو مات أحدهما أو ذهب عقله لم يكن للآخر أن يبيعه وحده لأنه ما رضى برأيه وحده (والبدل وإن كان مقدرا) هذا جواب شبهة ، وهى أنه إذا قدر الموكل البدل فى البيع ونحوه لا يحتاج إلى الرأى ، فينبغى أن يفرد كل واحد منهما بالتصرف فى ذلك كما فى التوكيل بالإعتاق بغير عوض ، فأجاب عنها بأن البدل وإن كان مقدرا (ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأى فى الزيادة واختيار المشتري) يعنى أن تقدير البدل إنما يمنع النقصان لا الزيادة ، وربما يزداد الثمن عند اجتماعهما لذلك أحدهما وهدايته دون الآخر فيحتاج إلى رأيهما من هذه الحثية ، وكذا يختار أحدهما المشتري الذى يماطل فى الثمن دون الآخر فيحتاج إلى ذلك من هذه الحثية أيضا (قال) أى القدورى فى مختصره (إلا أن يوكلهما بالخصومة) هذا استثناء من قوله فليس لأحدهما أن يتصرف فيما وكلا به دون الآخر : يعنى أن أحد الوكيلين لا يتصرف بانفراده إلا فى الخصومة ، فإنه لو خاصم أحدهما بدون الآخر جاز . وذكر فى الفوائد الظهيرية : فإذا انفرد أحدهما بالخصومة هل يشترط حضور صاحبه فى خصومته ؟ بعض مشايخنا قالوا : يشترط ، وعامة مشايخنا على أنه لا يشترط ، وإطلاق محمد يدل على هذا : قال المصنف فى تعليل مافى الكتاب (لأن الاجتماع فيها) أى فى الخصومة (متعذر للإفضاء إلى الشغب) الشغب بالتسكين تهيج الشر ، ولا يقال شغب بالتحريك ، كذا فى الصحاح (فى مجلس القضاء) ولا بد من صيانة مجلس القضاء عن الشغب لأن المقصود فيه إظهار الحق والشغب لا يحصل ، ولأن فيه ذهاب مهابة مجلس القضاء ، فلما وكلهما بالخصومة مع علمه بتعذر اجتماعهما صار راضيا بخصومة أحدهما (والرأى يحتاج إليه سابقا لتقويم الخصومة) إشارة إلى دفع قول زفر ، فإنه قال : ليس لأحدهما أن يخاصم دون صاحبه لأن الخصومة يحتاج فيها إلى الرأى

رضى برأيهما لأبرأى أحدهما ، ولو مات أحدهما أو ذهب عقله ليس للآخر أن يتصرف (قوله والبدل وإن كان مقدرا) جواب عما يقال إذا قدر الموكل البدل فقد استغنى عن الرأى بعده فيجوز أن يتصرف أحدهما . ووجه ذلك أن البدل وإن كان مقدرا لكن التقدير لا يمنع استعماله فى الزيادة ، فإذا اجتمع رأيهما احتمل أن يزيد الثمن ويختاران من هو أحسن أداء للثمن . وقوله (إلا أن يوكلهما بالخصومة) استثناء من قوله فليس لأحدهما أن يتصرف فيما وكلا به دون الآخر : يعنى أن أحد الوكيلين لا يتصرف بانفراده فيما يحتاج فيه إلى الرأى إلا فى الخصومة ، فإن تكلمهما فيها ليس بشرط لأن اجتماعهما عليها متعذر للإفضاء إلى الشغب فى مجلس القضاء . وقوله (والرأى يحتاج إليه سابقا) إشارة إلى دفع قول من قال ليس لأحدهما أن يخاصم دون صاحبه ،

(قوله يعنى أن أحد الوكيلين الخ) أقول : لعلة بيان خلاصة المعنى ، وإلا يكون الاستثناء منقطعا بالنسبة إلى الطلاق والعق بغير عوض من غير ضرورة داعية إليه ، إذ المستثنى منه وهو كلام القدورى مطلق عن الاحتياج إلى الرأى كما لا يخفى .

(قال : أو بطلاق زوجته بغير عوض أو بعق عبده بغير عوض أو بردّ ودیعة عنده أو قضاء دين عليه) لأن هذه الأشياء لا يحتاج فيها إلى الرأى بل هو تعبير محض . وعبارة المثني والواحد سواء . وهذا

والموكل إنما رضى برأيهما . وجه الدفع أن المقصود وهو اجتماع الرأيين يحصل في تقويم الخصومة سابقا عليها فيكتفى بذلك (قال) أى القدورى في مختصره (أو بطلاق زوجته بغير عوض) هذا وما بعده معطوف على المستثنى وهو قوله بالخصومة أى أو أن يوكلهما بطلاق زوجته بغير عوض . فإن لأحدهما أن يطلقها بانفراده (أو بعق عبده بغير عوض) أى أو أن يوكلهما بعق عبده بغير عوض ، فإن لأحدهما أن يعتقه وحده (أو يردّ ودیعة عنده) أى أو أن يوكلهما برد ودیعة ، فإن لأحدهما أن يردّها منفردا . قيد بردها ، إذ لو وكلهما بقبض ودیعة له لم يكن لواحد منها أن ينفرد بالقبض . صرح به في الذخيرة . فقال : قال محمد رحمه الله في الأصل : إذا وكل رجلين بقبض ودیعة له فقبض أحدهما بغير إذن صاحبه كان ضامنا لأنه شرط اجتماعهما على القبض ، واجتماعهما عليه ممكن وللموكل فيه فائدة : لأن حفظ اثنين أنفع . فإذا قبض أحدهما صار قابضا بغير إذن المالك فيصير ضامنا . ثم قال : فإن قيل : ينبغي أن يصير ضامنا للنصف . لأن كل واحد منهما مأمور بقبض النصف . قلنا : كل واحد منهما مأمور بقبض النصف إذا قبض مع صاحبه ، وأما في حالة الانفرد بغير مأمور بقبض شيء منه انتهى . وذكر صاحب العناية مضمون ما في الذخيرة ها هنا . ولكن ما عزاها إلى الذخيرة . وقال بعض الفضلاء بعد نقل ذلك عن العناية : وفيه كلام ، وهو أن هذا إنما يتم فيما يقسم عند أبي حنيفة على ماسيجىء في الودیعة انتهى . أقول : ليس كلامه بشيء ، إذ منشؤه الغفول عن قيد الإذن ، فإن الذى سيجىء في الودیعة هو أنه إن أودع رجل عند رجلين شيئا مما يقسم لم يجز أن يدفعه أحدهما إلى الآخر ولكنهما يقتسمانه فيحفظ كل واحد منهما نصفه ، وإن كان لما لا يقسم جاز أن يحفظه أحدهما بإذن الآخر ، وهذا عند أبي حنيفة . وقالوا : لأحدهما أن يحفظه بإذن الآخر في الوجهين انتهى . ولا يخفى أن المفهوم منه أن لا يجوز حفظ أحدهما الكل بلا إذن صاحبه في الوجهين معا بلا خلاف ، وأن لا يجوز ذلك بإذن الآخر أيضا فيما يقسم عند أبي حنيفة خلافا لهما . وما ذكر في الذخيرة وفي العناية إنما هو فيما إذا قبض أحدهما الكل بغير إذن صاحبه ، فهز تام في الوجهين معا بالاتفاق (أو بقضاء دين عليه) أى أو أن يوكلهما بقضاء دين على الموكل ، فإن لأحدهما الانفرد فيه أيضا (لأن هذه الأشياء) يعنى الطلاق بغير عوض والعناق بغير عوض وردّ الودیعة وقضاء الدين (لا يحتاج فيها إلى الرأى بل هو) أى بل أداء الوكالة فيها (تعبير محض) أى تعبير محض لكلام الموكل (وعبارة المثني والواحد سواء) لعدم الاختلاف في المعنى (وهذا) أى جواز

لأن الخصومة يحتاج فيها إلى الرأى والموكل رضى برأيهما . ووجه ذلك أن المقصود وهو اجتماع الرأيين يحصل في تقويم الخصومة سابقا عليها فيكتفى بذلك . وقوله (أو بطلاق زوجته بغير عوض) وما بعده معطوف على المستثنى . فإذا وكل رجلين بطلاق امرأته بغير عوض فطلق أحدهما وأبى الآخر أن يطلق فهو جائز ، وكذا بالعق المفرد ، وكذا إذا وكله برد الودیعة أو بقضاء دين عليه لأن هذه الأشياء لا يحتاج فيها إلى الرأى بل هو تعبير محض ، وعبارة المثني والواحد فيه سواء ، ولو كانت بقبض الودیعة فقبض أحدهما بغير إذن صاحبه ضمن لأنه شرط اجتماعهما على القبض وهو ممكن . وللموكل فيه فائدة لأن حفظ اثنين أنفع ، فإذا قبض أحدهما كان قابضا بغير إذن المالك فيضمن الكل لأنه مأمور بقبض النصف إذا كان مع صاحبه . وأما منفردا بغير مأمور بقبض شيء منه ، قوله (وهذا) أى جواز انفرد أحدهما ،

(قوله وجه ذلك أن المقصود الخ) أقول : ناظر إلى قوله إشارة إلى دفع قول من قال الخ (قوله ولو كانت بقبض الودیعة فقبض أحدهما الخ) أقول : أى نصفه فيما يقسم أو الكل فيما لا يقسم . ثم أقول : هذا عام لما يقسم وما لا يقسم كما لا يخفى ، بل هذا ظاهر فيما لا يقسم (قوله لأنه مأمور بقبض النصف الخ) أقول : بين فيما يقسم إذ علم من أول الكلام حال ما لا يقسم أو بالأولوية ، ولا يبعد أن يقال أحد الوكيلين فيما لا يقسم مأمور بقبض النصف أيضا ، وفي النصف الآخر نائب عن الوكيل الآخر فيم الكلام قسم الودیعة فالهم . ثم أعلم أن قوله لأنه مأمور بقبض النصف الخ جواب عن سؤال مقدر .

بخلاف ما إذا قال لهما طلقاها إن شئنا أو قال أمرها بأيديكما لأنه تفويض إلى رأيهما ؛ ألا ترى أنه تملك مقتصر على المجلس ، ولأنه علق الطلاق بفعلهما فاعتبره بدخولهما .

انفراد أحدهما (بخلاف ما إذا قال لهما طلقاها إن شئنا ، أو قال أمرها بأيديكما) حيث لا يجوز انفراد أحدهما في هاتين الصورتين (لأنه) أى لأن ما قاله لهما فيهما (تفويض إلى رأيهما) فلا بد من اجتماعهما ، ونور ذلك بقوله (ألا ترى أنه تملك مقتصر على المجلس) كما مر في باب تفويض الطلاق . وإذا كان تملكيا صار التطبيق مملوكا لهما فلا يقدر أحدهما على التصرف في ملك الآخر . قيل ينبغي أن يقدر أحدهما على إيقاع نصف تطلقة . وأجيب بأن فيه إبطال حق الآخر ، إذ بإيقاع النصف تقع تطلقة كاملة . فإن قيل : الإبطال هنا ضمنى فلا يعتبر . وأجيب بأنه لا حاجة إلى ذلك الإبطال مع قدرتهما إلى الاجتماع . وقال بعض الفضلاء : قوله ألا يرى أنه تملك مقتصر على المجلس منقوض بقوله طلقاها فإنه تملك أيضا كما سبق في باب الاختلاف في الشهادة ، ولا مدخل للاقتصار على المجلس في كونه تملكيا انتهى . أقول : جميع مقدمات دليله على النقص سقيم ، أما قوله فإنه تملك أيضا فلأنه خلاف المقرر ، لأن قوله طلقاها بدون التعليق بالمشيئة توكيل . لا تملك ، وقد صرح به المصنف في باب تفويض الطلاق حيث قال : وإن قال لرجل طلق امرأتى فله أن يطلقها في المجلس وبعده ، وله أن يرجع لأنه توكيل وأنه استعانة فلا يلزم ولا يقتصر على المجلس ، بخلاف قوله لامرأته طلق نفسك لأنها عاملة لنفسها فكان تملكيا لا توكيلا اهـ . وأما قوله كما سبق في باب الاختلاف في الشهادة فلأنه خلاف الواقع كما يظهر بمراجعة محله ، وأما قوله ولا مدخل للاقتصار على المجلس في كونه تملكيا فلأنه خلاف المصرح به - ألا يرى إلى قول المصنف في أول فصل الاختيار من باب تفويض الطلاق : ولأنه تملك الفعل منها والتعليكات تقتضي جوابا في المجلس كما في البيع انتهى . وإلى قوله في أواسط فصل الأمر باليد من ذلك الباب والتمليك يقتصر على المجلس وقد بيناه انتهى (ولأنه) أى الأمر (علق الطلاق بفعلهما) أى بفعل المأمورين (فاعتبره) صيغة أمر من الاعتبار (بدخولهما) أى فاعتبر تعليق الطلاق بفعل الرجلين بدخول الرجلين : أى بدخولهما الدار مثلا . يعنى يشترط ثمة لوقوع الطلاق بدخولهما جميعا ، حتى لو قال : إن دخلتما الدار فهى طالق لاتطلق ما لم يوجد الدخول منهما جميعا ، فكذلك هاهنا لا يقع الطلاق ما لم يوجد فعل التطبيق منهما جميعا . قال صاحب النهاية : قوله ولأنه علق الطلاق بفعلهما راجع إلى قوله طلقاها إن شئنا ، وقوله لأنه تفويض إلى رأيهما راجع إليه . وإلى قوله أمرها بأيديكما وقد تبعه في جعل قوله ، ولأنه علق الطلاق بفعلهما راجعا إلى قوله طلقاها إن شئنا كثير من الشراح ؛ فهم من صرح به كصاحب العناية حيث قال : قوله ولأنه علق الطلاق متعلق بقوله طلقاها إن شئنا ، ومنهم من أظهره في أثناء التحرير وهو صاحب غاية البيان وغيره حيث قالوا بصدد بيان قول المصنف فاعتبره بدخولهما ، حتى لو قال إن دخلتما الدار فهى طالق لاتطلق ما لم يوجد الدخول منهما جميعا ، فكذلك هاهنا قوله طلقاها إن شئنا لا يقع الطلاق ما لم يوجد فعل التطبيق منهما جميعا . أقول : وأنا لا أرى بأسا في إبقاء كلام المصنف هاهنا على ظاهر حاله ، وهو أن يكون كل واحد من تعليبيه عاما للصورتين معا بناء على أن التعليق كما يوجد في صورة إن قال لهما طلقاها إن شئنا يوجد أيضا في صورة إن قال لهما أمرها بأيديكما ، وقد صرح المصنف في فصل الأمر باليد من باب تفويض الطلاق بأن جعل الأمر باليد فيه معنى التعليق . وقال الشراح في بيانه : وهذا لأن معنى أمرك بيدك إن أردت طلاقك فأنفذ

(بخلاف ما إذا قال لهما طلقاها إن شئنا ، أو قال أمرها بأيديكما ، لأنه تفويض إلى رأيهما ، ألا ترى أنه تملك مقتصر على المجلس) كما مر ، وإذا كان تملكيا صار التطبيق مملوكا لهما فلا يقدر أحدهما على التصرف في ملك الآخر . قيل ينبغي أن يقدر أحدهما على إيقاع نصف تطلقة . وأجيب بأن فيه إبطال حق الآخر . فإن قيل : الإبطال ضمنى فلا يعتبر . أجيب بأنه لا حاجة إلى ذلك الإبطال مع قدرتهما على الاجتماع (قوله ولأنه) متعلق بقوله طلقاها إن شئنا ،

(قوله ألا ترى أنه تملك مقتصر على المجلس الخ) أقول : منقوض بقوله طلقاها فإنه تملك أيضا كما سبق في باب الاختلاف في الشهادة ولا مدخل للاقتصار على المجلس في كونه تملكيا .

قال (وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل به) لأنه فوض إليه التصرف دون التوكيل به ، وهذا لأنه رضى برأيه والناس متفاوتون في الآراء .

طالق انتهى . ولذلك لم أخصص قوله ولأنه علق الطلاق بفعلهما الخ بصورة إن قال لهما طلقاها إن شئنا ، بل شرحته بوجه يعم الصورتين معا كما رأيته (قال) أى القدورى في مختصره (وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل به ، لأنه) أى الموكل (فوض إليه) أى إلى الوكيل (التصرف) أى التصرف الذى وكل به (دون التوكيل به) أى لم يفوض إليه التوكيل بذلك التصرف فلا يملكه (وهذا) أى عدم جواز توكيل الوكيل فيما وكل به (لأنه) أى لعله أن الموكل (رضى برأيه) أى برأى الوكيل (والناس متفاوتون في الآراء) فلا يكون الرضا برأيه رضا برأى غيره فيكون الوكيل في توكيل الغير مباشرا غير ما أمر به الموكل ولا يجوز . قال صاحب العناية : وفيه تشكيك ، وهو أن تفاوت الآراء مدرك ييقن وإلا لما جاز التعليل به ، فجاز أن يكون الوكيل الثانى أقوى من الأول . وأيضا الرضا برأى الوكيل وردّ توكيله تناقض ، لأن الوكيل الثانى لو لم يكن أقوى رأيا أو قويه في رأى الأول لما وكله فرد توكيله مع الرضا برأيه مما لا يجتمعان . ويمكن أن يجاب عنه بأن العبرة في القوة في الرأى لما يكون بحسب ظن الموكل ، وحيث اختاره للتوكيل من بين من يعرفه بالرأى والتصرف في الأمور ولم يأذن له بالتوكيل كان الظاهر من حاله أنه ظن أن لائمه من يفوقه في هذا التصرف ، فقبول توكيله حينئذ مناقض لظنه فلا يجوز انتهى . أقول : الجواب الذى ذكره إنما يدفع الوجه الأول من التشكيك المذكور دون الوجه الثانى منه ، لأن قبول توكيل الأول وإن كان مناقضا لظن الموكل ، إلا أن ردّ توكيله أيضا مناقض لرضا الموكل برأى الوكيل كما ذكره في الوجه الثانى منه ، فما الرجحان في إثبات هذا التناقض على ذاك التناقض ؟ ثم أقول في الجواب عن الوجه الثانى منه : إن الموكل إنما رضى برأى الوكيل في تصرف خاص وهو ما وكل به من البيع أو الشراء أو الإجارة أو نحو ذلك ، والتوكيل ليس بداخل في ذلك التصرف فلا تناقض في ردّ توكيله ، وإنما بصير ذلك تناقضا لو كان رضا الموكل برأى الوكيل في التوكيل أو برأيه مطلقا ، ولهذا إذا أذن له الموكل في التوكيل أقال له عمل برأيه يجوز توكيله كما سيأتى . واعترض بعض الفضلاء على قول المصنف لأنه رضى برأيه والناس متفاوتون في الآراء بأن الدليل خاص بما يحتاج إلى الرأى والمدعى عام لغيره أيضا . أقول : أصل الدليل أنه رضى بفعله دون فعل غيره ، والناس متفاوتون في الأفعال

فإن الطلاق فيه معلق بفعلهما وهو التطلق ، فيكون معتبرا بالطلاق المعلق بدخولهما الدار ، فإن بدخول أحدهما لا يقع الطلاق ، فكذا هاهنا . فإن قيل : ففي قوله طلقاها أيضا معلق بفعلهما ، ويقع بإيقاع أحدهما . أجيب بالمنع ، فإنه ليس فيه ما يدل على ذلك ، بخلاف ما نحن فيه فإن فيه حرف الشرط وهو قوله إن شئنا . فإن قيل : فاجعله مثل قوله أمرها . بأيديكما مفوضا إلى رأيهما . أجيب بأنه ليس بمحتاج إلى الرأى بخلاف الأمر باليد . قال (وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل به الخ) وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل به لأنه فوض إليه التصرف فيما وكل به ، والتوكيل ليس بتصرف فيه ، (قوله وهذا لأنه رضى برأيه والناس متفاوتون في الآراء) وفيه تشكيك ، وهو أن تفاوت الآراء مدرك ييقن وإلا لما جاز التعليل به فجاز أن يكون الوكيل الثانى أقوى رأيا من الأول . وأيضا الرضا برأى الوكيل وردّ توكيله تناقض ، لأن الوكيل الثانى لو لم يكن أقوى رأيا أو قويه في رأى الأول لما وكله ، فرد توكيله مع الرضا برأيه مما لا يجتمعان . ويمكن أن يجاب عنه بأن العبرة للقوة في الرأى لما يكون بحسب ظن الموكل ، وحيث اختاره للتوكيل من بين من يعرفه بالرأى والتصرف في الأمور ولم يأذن له

(قوله فإن قيل فاجعله) أقول : الضمير في قوله فاجعله راجع إلى قوله طلقاها في قوله فإن قيل في قوله طلقاها الخ (قال المصنف : لأنه رضى برأيه) أقول : الدليل خاص بما يحتاج إلى الرأى والمدعى عام لغيره أيضا (قوله فجاز أن يكون الوكيل الثانى أقوى رأيا الخ) أقول : فيكون الرضا بتوكيله ثابتا بطريق الأول (قوله وأيضا الرضا برأى الوكيل الخ) أقول : لا يذهب عليك أنه إنما رضى برأيه في التصرف فيما وكل به وليس التوكيل منه والناس متفاوتون ، وليس كل من هو أهدى بطريق المعاملات أعرف وأبصر بأحوال الرجال فليتأمل فإنه ينبغي أن يحمل كلام للشارح على هذا (قوله لو لم يكن أقوى رأيا أو قويه) أقول : الضمير في قوله أو قويه راجع إلى قوله رأيا .

قال (إلا أن يأذن له الموكل) لوجود الرضا (أو يقول له اعمل برأيك) لإطلاق التفويض إلى رأيه ، وإذا جاز في هذا الوجه يكون الثاني وكبلا عن الموكل حتى لا يملك الأول عزله ولا ينزل بموته وينزلان بموت الأول ، وقد مرّ نظيره في أدب القاضي .

فيعم ما يعمه المدعى ، إلا أنه أخرج الكلام مخرج الغالب فقال : لأنه رضى برأيه والناس متفاوتون في الآراء (قال) أى القدورى في مختصره (إلا أن يأذن له الموكل) استثناء من قوله وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل به ، فإنه إذا أذن له في ذلك يجوز أن يوكل غيره (لوجود الرضا) أى لوجود الرضا حينئذ برأى غيره أيضا (أو يقول له) عطف على يأذن له الموكل : أى أو إلا أن يقول للوكيل (اعمل برأيك) فيجوز أيضا أن يوكل غيره (لإطلاق التفويض إلى رأيه) أى إلى رأى الوكيل فيدخل توكيله الغير تحت الإجازة . قال المصنف (وإذا جاز في هذا الوجه) أى إذا جاز توكيل الوكيل . غيره في هذا الوجه الذى يجوز التوكيل فيه وذلك بأن يأذن له الموكل أو يقول له اعمل برأيك فوكل غيره (يكون الثاني) أى الوكيل الثاني وهو وكيل الوكيل (وكبلا عن الموكل) لأن الوكيل الأول (حتى لا يملك الأول) أى الوكيل الأول (عزله) أى عزل الوكيل الثاني (ولا ينزل) أى الوكيل الثاني (بموته) أى بموت الوكيل الأول (وينزلان) أى الوكيل الأول والوكيل الثاني (بموت الأول) أى بموت الموكل الأول (وقد مرّ نظيره في أدب القاضي) وهو ما ذكره في فصل آخر قبل باب التحكيم بقوله وليس للقاضي أن يستخلف على القضاء إلا أن يفوض إليه ذلك ، إلى أن قال : وإذا فوض إليه يملكه فيصير الثاني نائباً عن الأصل حتى لا يملك الأول عزله . أقول : والعجب من الشراح هاهنا سيما من فحولهم كصاحب العناية وصاحب غاية البيان وصاحب معراج الدراية أنهم قالوا في بيان ما مرّ نظيره في أدب القاضي وهو ما ذكره هناك بقوله وليس للقاضي أن يستخلف على القضاء إلا أن يفوض إليه ذلك . إلى أن قال : ولو قضى الثاني بمحض من الأول أو قضى الثاني فأجازه الأول جاز كما في الوكالة ، فحقوقوا

بالتوكيل الظاهر من حاله أنه ظن أن لأئمة من يفوقه في هذا التصرف فقبول توكيله حينئذ مناقض لظنه فلا يجوز (قوله إلا أن يأذن) استثناء من قوله وليس للوكيل أن يوكل ، فإنه إن أذن له الموكل أو يقول له اعمل برأيك فقد رضى برأى غيره أو أطلق التفويض إلى رأيه ، وذلك يدل على تساويه مع غيره في التصرف في ظنه فجاز توكيله كما جاز تصرفه ، وإذا جاز في هذا الوجه يكون الثاني وكبلا عن الموكل حتى لا يملك الأول عزله ولا ينزل بموته وينزلان بموت الأول ، وقد مرّ نظيره في أدب القاضي حيث قال : وليس للقاضي أن يستخلف على القضاء إلا أن يفوض إليه ذلك إلى آخر ما ذكر ثمة ، فإن وكل الوكيل بغير إذن موكله فعقد وكيله بمحضته جاز لأن المقصود حضور الرأى وقد حصل . قبل أحد الوكيلين بالبيع إذا باع بغير إذن صاحبه لم يكتف بمحضوره بل لابد من الإجازة صريحا ذكره في الذخيرة ، فما الفرق بينهما ؟ وأجيب بأن صاحب الذخيرة قال : محمد رحمه الله قال في الجامع الصغير : إذا باع الوكيل الثاني بمحضرة الأول جاز . ولم يشترط للجواز إجازة الوكيل الأول ، وهكذا ذكره في وكالة الأصل في موضع ، وذكر في موضع آخر منها وشرط لإجازته قال إذا باع الوكيل الثاني والوكيل الأول حاضر أو غائب فأجاز الوكيل جاز . حكى عن الكرخى رحمه الله أنه كان يقول : ليس في المسئلة روايتان ، ولكن ما ذكر مطلقا في بعض المواضع أنه يجوز إذا باع بمحضرة الأول محمول على ما إذا أجاز ، فكان يحمل المطلق على المقيد ، وإلى هذا ذهب بعض عامة المشايخ رحمهم الله ، وهذا لأن توكيل الوكيل الأول لما لم يصح لعدم الإذن به صار كالعدم ، وعاد الوكيل الثاني فضوليا وعقده محتاج إلى الإجازة البتة ، ومنهم من جعل في المسئلة روايتين ، ووجه عدم الجواز بدونها ما ذكر . ووجه الجواز أن المقصود

(قوله أنه ظن أن لأئمة من يفوقه في هذا التصرف) أقول : الظاهر أن يقال في هذا التصرف (قوله فقبول توكيله حينئذ مناقض لظنه فلا يجوز) أقول : يعنى قبول توكيله جبرا من الشرع (قال المصنف : حتى لا يملك الأول عزله) أقول : فيه أنه ينبغي أن يملك عزله فيما إذا قال الموكل اعمل برأيك (قوله وأجيب بأن صاحب الذخيرة قال : محمد قال في الجامع الصغير الخ) أقول : قوله محمد مقول القول ومبتدأ وقوله قال في الجامع الخ خبره (قوله وعاد الوكيل الثاني فضوليا وعقده محتاج إلى الإجازة البتة) أقول : الضمير في قوله وعقده راجع إلى قوله فضوليا

قال (فإن وكل بغير إذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز) لأن المقصود حضور رأى الأول وقد حضر .

الكلام في قوله كما في الوكالة مع أن نظير ما ذكره المصنف هنا إنما هو ما تركوه ، وهو قوله هناك بعد ذكر ما ذكره : وإذا فوّض إليه يملكه يصير الثاني نائباً عن الأصل حتى لا يملك الأول عزله ، وكأنهم إنما اغتروا بما في قوله كما في الوكالة من التشبيه بالوكالة ، لكن مراده بذلك إنما هو التشبيه بما سيأتي من أنه إن وكل بغير إذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز لا التشبيه بما نحن فيه كما لا يخفى . بقى هاهنا بحث ، وهو أن قول المصنف حتى لا يملك الأول عزله ظاهر في صورة أن يأذن له الموكل في التوكيل لأن الإذن له في ذلك لا يقتضي الإذن له في العزل أيضاً ، وأما في صورة أن يقول له اعمل برأيك فهو مشكل لأنهم صرحوا بأن قوله اعمل برأيك توكيل عام فيدخل في عموم توكيل الوكيل غيره ، وأنه إثبات صفة المالكية للوكيل فيملك توكيل غيره كالمالك ، فحينئذ ينبغي أن يملك الوكيل الأول عزل الوكيل الثاني أيضاً بعموم وكالته عن الموكل الأول ، وبكونه كالمالك بإثبات صفة المالكية له ، كما أن للقاضي أن يستخلف على القضاء وأن يعزل عنه إذا فوّض إليه النصب والعزل من قبل الخليفة على ما عرف في محله . ويؤيد هذا ما ذكره الإمام قاضيخان في فتاواه حيث قال : رجل وكل رجلاً بالخصومة وقال له ما صنعت من شيء فهو جائز فوكل الوكيل بذلك غيره جاز توكيله . ويكون الوكيل الثاني وكيل الموكل الأول لا وكيل الوكيل ، حتى لو مات الوكيل الأول أو عزل أو جنّ أو ارتدّ أو لحق بدار الحرب لا ينزل الوكيل الثاني ؛ ولو مات الموكل الأول أو جنّ أو ارتدّ أو لحق بدار الحرب ينزل الوكيلان . ولو عزل الوكيل الأول الوكيل الثاني جاز عزله لأن الموكل الأول رضى بصنيع الأول وعزل الأول الثاني من صنيع الأول ، إلى هاهنا كلامه . ولا يخفى أن الموكل الأول فيما نحن فيه أيضاً رضى بعمل الوكيل الأول برأيه ، وأن عزل الوكيل الأول الثاني من عمله برأيه فينبغي أن يجوز عزله إياه . والفرق بينهما مشكل دونه خوط القتاد (قال) أى القدورى في مختصره (فإن وكل) أى الوكيل (بغير إذن موكله فعقد وكيله) أى وكيل الوكيل (بحضرته) أى بحضرة الوكيل الأول (جاز) أى جاز العقد (لأن المقصود) أى مقصود الموكل الأول (حضور رأى الأول) أى حضور رأى الوكيل الأول (وقد حضر) أى وقد حضر رأيه في الصورة المذكورة فحصل مقصوده فجاز العقد . قال صاحب النهاية : فإن قلت : ما الفرق بين هذا وبين أحد الوكيلين بالبيع إذا باع بغير إذن صاحبه فإنه لم يكتف هناك بمجرد حضرة صاحبه ، بل لابد من الإجازة صريحاً كما ذكر في الذخيرة والمبسوط . قلت : ما ذكره في الجامع الصغير من أن عقد وكيل الوكيل جائز عند حضرة الوكيل الأول محمول على ما إذا أجاز الوكيل الأول عقد الوكيل الثاني لا مطلق الحضرة ، هكذا ذكر في الذخيرة . وقال :

حضور الرأى وهو حاصل عند الحضور فلا يحتاج إلى الإجازة ، بخلاف الغيبة ، وعلى هذا أحد وكيلي البيع ، وفيه نظر . أما فيما نقل عن محمد رحمه الله فإنه قال : والوكيل الأول حاضر أو غائب فأجاز الوكيل ، وليس ذلك نصاً في اشتراط الإجازة للحاضر بل هو أن يكون قوله فأجاز متعلقاً بقوله أو غائب فقط ، وأما في تعليلهم فلأنه معارض بأن المقصود هو الرأى ، وقد حضر كما ذكره . وتوجيه كونه فضولياً في أحد وكيلي البيع ليس كوكيل الوكيل لأنه مأمور من الموكل في الجملة ، بخلاف وكيل الوكيل ، ولعل الصواب أن الإجازة ليست بشرط لصحة عقد وكيل الوكيل عند حضوره وشرط لصحة عقد أحد

(قوله وهو أصل) أقول : الظاهر أن يقال وهو حاصل (قوله وفيه نظر ، أما فيما نقل عن محمد فإنه قال : والوكيل الأول حاضر أو غائب فأجاز الوكيل وليس ذلك نصاً الخ) أقول : أنت خبير بأن قوله فأجاز الوكيل الأول عطف على قوله إذا باع الوكيل الثاني الخ فيكون متعلقاً بكل منهما . نعم لو كانت العبارة وأجاز بالواو فيجوز كونها حالية لاحتمال ما ذكره فتأمل . ثم أقول : لا يخفى عليك أن ما ذكره مذكور متعلقاً بشايعنا في مثل ذلك الأمر الذي لا يخفى على أصاغر الطلبة ، والظاهر أن فهمهم هذا المعنى ليس من تلك العبارة فقط بل بانضمام قرائن في أثناء تقرير دليل المسئلة أو غيره ، بل الظاهر أن ما ذكره ليس عبارة محمد بعينها بل تصرفوا فيها وأجزوا (قوله فلأنه معارض بأن المقصود الخ) أقول : وإذا تعارضاً تساقطاً وبقي كون الأصل في التوكيل الخصوص سالماً عن المعارضة فلا يجوز بلا إجازة فتأمل (قوله وتوجيه كونه فضولياً ، إلى قوله : بخلاف وكيل الوكيل) أقول : هو غير مأمور بالتصرف استقلالاً فيكون تصرفه كذلك فضولياً ؛ ألا ترى أن أحدهما إذا قبض نصف الوديعة ضمن كما سبق في الصحيفة السابقة .

وتكلموا في حقوقه .

ثم إن محمداً رحمه الله قال في الجامع الصغير : إذا باع الوكيل الثاني بمحضرة الوكيل الأول جاز ولم يشترط للجواز إجازة الوكيل الأول ، وهكذا ذكر في وكالة الأصل في موضع ، وذكر في موضع آخر من وكالة الأصل وشرط إجازته فقال : إذا باع الوكيل الثاني والوكيل الأول حاضر أو غائب فأجاز الوكيل الأول جاز . وحكى عن الكرخي أنه كان يقول : ليس في المسئلة روايتان ، ولكن ما ذكر مطلقاً في بعض المواضع أنه يجوز إذا باع بمحضرة الأول محمول على ما إذا أجاز ، فكان يحمل المطلق على المقيد ، وإلى هذا ذهب عامة المشايخ ، وهذا لأن توكيل الوكيل الأول لما لم يصح لأنه لم يؤذن له في ذلك صار وجود هذا التوكيل وعدمه بمنزلة ، ولو عدم التوكيل من الأول حتى باعه هذا الرجل والوكيل غائب أو حاضر فإنه لا يجوز عقد هذا الفضولي إلا بإجازته ، لأن الإجازة لبيع الفضولي لا تثبت بالسكوت لكون السكوت محتملاً ، كذا هاهنا . ومتى أجاز فلنما يجوز لأن الوكيل يملك مباشرته بنفسه فيملك إجازته بالطريق الأولى . ومنهم من يجعل في المسئلتين روايتين . وجه رواية الجواز من غير إجازة الأول أن بيع الثاني حال غيبة الأول إنما لا يصح لتعزّي العقد عن رأى الأول ، ومتى باع بمحضرة فقد حضر هذا العقد رأى الأول ، وعلى هذا أحد وكيل البيع والإجارة إذا أمر صاحبه بالبيع أو الإجارة فباع بمحضرة ، في رواية لا يجوز إلا بإجازته ، وفي رواية يجوز من غير إجازته انتهى ، واقتنى أثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه في أكثر المواضع . قال صاحب العناية بعد نقل السؤال والجواب : وفيه نظر ، أما فيما نقل عن محمد فإنه قال : والوكيل الأول حاضر أو غائب ، فأجاز الوكيل ، وليس ذلك نصاً في اشتراط الإجازة للحاضر لجواز أن يكون قوله فأجاز متعلقاً بقوله أو غائب فقط ، وأما في تعليلهم فلأنه معارض بأن المقصود وهو الرأى وقد حضر كما ذكره انتهى . وأجاب بعض الفضلاء عن نظره فيما نقل عن محمد حيث قال : أنت خير بأن قوله فأجاز الوكيل عطف على قوله إذا باع الوكيل الثاني الخ فيكون متعلقاً بكل منهما . نعم لو كانت العبارة وأجاز بالواو فيجوز كونها حالية لاحتمل ما ذكره انتهى . أقول : وفيه نظر ، لأنه يجوز أن تكون الفاء في قوله فأجاز الوكيل للسببية لا للعطف ، كما في قولك : زيد فاضل فأكرمه ، ونحو الذي يطير فيغضب زيد الذباب على ما ذكرنا في موضعه ؛ ولئن سلم كونها للعطف وكون قوله فأجاز الوكيل عطفاً على قوله إذا باع الوكيل الثاني الخ فلا نسلم كون قوله فأجاز الوكيل متعلقاً بكل من قيدى المعطوف عليه : أعنى قوله والوكيل الأول حاضر أو غائب ، إذ قد تقرر في محله أن المعطوف على مقيد بشيء إنما يوجب تقييد المعطوف بذلك الشيء فيما إذا كان القيد مقدماً على المعطوف عليه ، كما في قولنا يوم الجمعة سرت وضربت زيدا ، وقولنا إن جئتني أعطتك وأكسك ، وأما فيما لا يتقدم عليه فلا يوجب تقييده بذلك في شيء ، وما نحن فيه من هذا القبيل كما لا يخفى ، فلم يجب فيه أن يتقيد المعطوف بقيدى المعطوف عليه بل جاز أن يتعلق بواحد منهما فقط . ثم قال صاحب العناية : ولعل الصواب أن الإجازة ليست بشرط لصحة عقد وكيل الوكيل عند حضوره وشرط لصحة عقد أحد الوكيلين ، والفرق بينهما أن وكيل الوكيل لما كان يتصرف بتوكيله ورضاه بالتصرف كان سكوته رضا لا محالة ، وأما أحد الوكيلين فليس كذلك ، فلم يكن سكوته رضا لجواز أن يكون سكوته غيظاً منه على استبداده بالتصرف من غير إذن من صاحبه . قال المصنف (وتكلموا في حقوقه) أى في حقوق عقد الثاني بمحضرة الأول : يعنى إذا باع بمحضرة الأول حتى جاز فالعهد على من تكون ؟ لم يذكره محمد في الجامع الصغير وتكلم المشايخ فيه . قال الإمام المحبوبي : منهم من قال العهد على الأول لأن الموكل

الوكيلين . والفرق بينهما أن وكيل الوكيل لما كان يتصرف بتوكيله ورضاه بالتصرف كان سكوته رضا لا محالة ، وأما أحد الوكيلين فليس كذلك فلم يكن سكوته رضا لجواز أن يكون سكوته غيظاً منه على استبداده بالتصرف من غير إذن من صاحبه . هذا ما سنح لي في هذا الموضع ، والله أعلم بالصواب . (قوله وتكلموا في حقوقه) يعنى إذا باع بمحضرة الأول حتى جاز فالعهد على من تكون ؟ لم يذكره محمد رحمه الله في الجامع الصغير ، وتكلم المشايخ رحمهم الله في ذلك ، فمنهم من قال على الأول لأن الموكل إنما رضى بلزوم العهد عليه لا الثاني . ومنهم من قال على الثاني إذ السبب وهو العقد وجد من الثاني دون الأول ، والثاني

(وإن عقد في حال غيبته لم يجوز) لأنه فات رأيه إلا أن يبلغه فيجيزه (وكذا لو باع غير الوكيل قبله فأجازه) لأنه حضر رأيه (ولو قدر الأول الثمن للثاني فعقد بغيبته يجوز) لأن الرأى فيه يحتاج إليه لتقدير الثمن ظاهرا وقد حصل ، وهذا بخلاف ما إذا وكل وكيلين وقدر الثمن ، لأنه لما فوض إليهما مع تقدير الثمن ظهر أن غرضه اجتماع رأيهما في الزيادة واختيار المشتري على ما بيناه ، أما إذا لم يقدر الثمن وفوض إلى الأول كان غرضه رأيه في معظم الأمر وهو التقدير في الثمن .

إنما رضى بلزوم العهدة على الأول دون الثاني ، ومنهم من قال العهدة على الثاني إذ السبب وهو العقد وجد من الثاني دون الأول ، والثاني كالوكيل للموكل الأول ، حتى لو مات الموكل الأول ينزل الوكيل الثاني بموته ، ولا ينزل بموت الموكل الثاني وهو الوكيل الأول ، كذا في الملتقط . وقال في الذخيرة : ثم إذا باع أو اشترى بحضرة الأول حتى جاز فالعهدة على من ؟ لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل في الجامع الصغير ، وذكر البقال في فتاواه أن الحقوق ترجع إلى الأول ، وفي حيل الأصل والعيون أن الحقوق ترجع إلى الثاني انتهى . وقال في فتاوى قاضيخان : فإن وكل غيره فباع الوكيل الثاني بحضرة الأول جاز ، وحقوق العقد ترجع إلى الوكيل الأول عند البعض ، وذكر في الأصل أن الحقوق ترجع إلى الوكيل الثاني وهو الصحيح انتهى (وإن عقد) أي الوكيل الثاني (في حال غيبته) أي في حال غيبة الوكيل الأول (لم يجوز) أي لم يجز العقد (لأنه فات رأيه) أي رأى الوكيل الأول فلم يحصل مقصود الموكل وهو حضور رأيه (إلا أن يبلغه) أي إلا أن يبلغ خبر عقد الوكيل الثاني الوكيل الأول (فيجيزه) أي فيجيز الوكيل الأول ذلك العقد فحينئذ يجوز لتحقيق رأيه (وكذا لو باع غير الوكيل) أي وكذا يجوز لو باع الأجنبي (قبله) أي قبل خبر البيع الوكيل (فأجازه) أي فأجاز البيع بعد بلوغ الخبر (لأنه حضره رأيه) أي بإجازته (ولو قدر الأول) أي الوكيل الأول (الثمن) أي ثمن ما أمر ببيعه (للثاني) أي للوكيل الثاني الذي وكله بغير إذن موكله بأن قال له به بكذا (فعقد بغيبته) أي فعقد الثاني بذلك الثمن المقدّر بغيبة الأول (يجوز) أي العقد (لأن الرأى يحتاج إليه فيه لتقدير الثمن ظاهرا) إنما قال ظاهرا احترازا عما إذا وكل وكيلين وقدر الثمن كما سيأتى بيانه (وقد حصل) أي وقد حصل تقدير الثمن الذي هو المقصود بالرأى . واعلم أن هذه رواية كتاب الرهن اختارها المصنف ، وعلى رواية كتاب الوكالة لا يجوز لأن تقدير الثمن إنما يمنع نقصان الزيادة ، فلو باشر الأول ربما باع بالزيادة على المقدار المعين لذكائه وهدايته . قال المصنف (وهذا بخلاف ما إذا وكل وكيلين وقدر الثمن) فإنه لا يجوز بيع أحدهما بذلك المقدار (لأنه لما فوض إليهما) أي لأن الموكل لما فوض الرأى إلى الوكيلين (مع تقدير الثمن ظهر أن غرضه اجتماع رأيهما في الزيادة واختيار المشتري) الذي لا يماطل في تسليم الثمن (على ما بيناه) إشارة إلى قوله فيما مر والبدل وإن كان مقدرا ، ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأى في الزيادة واختيار المشتري (أما إذا لم يقدر) أي الموكل (الثمن وفوض إلى الأول) أي وفوض الرأى إلى الوكيل الأول (كان غرضه) أي غرض الموكل (رأيه) أي رأى الوكيل الأول (في معظم الأمر) أي معظم أمر عقد البيع (وهو التقدير في الثمن) وذلك لأن المقصود من

والثاني كالوكيل للموكل الأول ، حتى لو مات الموكل الأول انزل الوكيل الثاني بموته ولا ينزل بموت الموكل الثاني (وإن عقد الثاني في غيبة الأول لم يجوز) لفوات رأيه إلا أن يبلغه فيجيزه ، كما لو باع غير الوكيل قبله فأجازه بحضور رأيه ، ولو قدر الأول الثمن للثاني فعقد بغيبته جاز لأن الرأى يحتاج إليه لتقدير الثمن ظاهرا وقد حصل التقدير ، وهذه رواية كتاب الرهن اختارها المصنف رحمه الله ، وعلى رواية كتاب الوكالة لا يجوز لأن الأول لو باشر ربما باع بالزيادة على القدر المعين لذكائه وهدايته ، وإنما قال ظاهرا احترازا عما إذا وكل وكيلين وقدر الثمن فإنه لا يجوز بيع أحدهما بذلك المقدار ، لأنه لما فوض إليهما

(قوله حتى لو مات الموكل الأول انزل الوكيل الثاني بموته ولا ينزل بموت الموكل الثاني) أقول : فيه نظر ، إذ يقال ثبت العرس

قال (وإذا زوج المكاتب أو العبد أو الذي ابنته وهي صغيرة حرّة مسلمة أو باع أو اشترى لها لم يجز) معناه التصرف في مالها لأن الرق والكفر يقطعان الولاية ، ألا يرى أن المرقوق لا يملك إنكاح نفسه فكيف يملك إنكاح غيره ، وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم حتى لا تقبل شهادته عليه ، ولأن هذه ولاية نظرية فلا بد من التفويض إلى القادر المشفق ليتحقق معنى النظر ، والرق يزيل القدرة والكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا تفوّض إليهما

البياعات الاسترباح ، والعادة جرت في الوكالة أن يوكل الأهدى في تحصيل الأرباح ، وذلك إنما يكون في التوكيل بتقدير ثمن صالح لزيادة الربح وقد حصل ذلك بتقدير الوكيل الأول ، فبعد ذلك لا يبالي بزيادة الآخر عنه في مجرد العبارة ، كذا في الشروح . أقول : لقائل أن يقول : اختيار المشتري الذي لا يماطل في تسليم الثمن من مهمات البياعات ومعظمت أمورها أيضا كما أشار إليه المصنف فيما مر بقوله والبدل وإن كان مقدرا ، ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأى في الزيادة واختيار المشتري ، فكيف يتم أن يقال هاهنا : فبعد ذلك لا يبالي بزيادة الآخر عنه في مجرد العبارة (قال) أى محمد في الجامع للصغير (وإذا زوج المكاتب أو العبد أو الذي ابنته وهي صغيرة حرّة مسلمة أو باع) أى أو باع واحد منهم (أو اشترى لها) أى الصغيرة الموصوفة المذكورة (لم يجز) أى لم يجز شيء من تصرفاتهم المذكورة . قال المصنف (معناه) أى معنى قول محمد : أو باع أو اشترى لها (التصرف في مالها) أى في مال الصغيرة المذكورة بالبيع أو الشراء ، وإنما احتج إلى هذا التأويل لأن قوله أو اشترى لها يحتمل معنيين : أحدهما أن يشتري لها شيئا من مال نفسه ، والآخر أن يشتري لها بمالها . ولما كان الأول جائزا لاحتالة كان المراد هاهنا هو الثاني . وقال في تعليل المسئلة (لأن الرق والكفر يقطعان الولاية) يعنى أن التصرفات المذكورة من باب الولاية ، والرق في العبد والمكاتب والكفر في الذي يقطعان الولاية (ألا يرى أن المرقوق لا يملك إنكاح نفسه فكيف يملك إنكاح غيره) يعنى إذا لم يكن له ولاية على نفسه لم تكن له ولاية على غيره بالطريق الأولى ، لأن الولاية المتعدية فرع الولاية القاصرة (وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم) لقوله تعالى - ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا - (حتى لا تقبل شهادته) أى شهادة الكافر (عليه) أى على المسلم (ولأن هذه) أى هذه الولاية (ولاية نظرية) أى ولاية ثابتة نظرا للضعفاء والصغار لعجزهم (فلا بد من التفويض) أى تفويض هذه الولاية (إلى القادر المشفق ليتحقق معنى النظر) بالقدرة والشفقة (والرق يزيل القدرة) قال الله تعالى - ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء - (والكفر يقطع الشفقة على المسلم) كما لا يخفى (فلا تفوّض إليهما)

مع تقدير الثمن ظهر أن غرضه اجتماع رأيهما في الزيادة ، واختيار المشتري على فممر من قوله ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأى في الزيادة واختيار المشتري . وأما إذا لم يقدر الثمن وفوّض إلى الأول كان غرضه رأيه في معظم الأمر وهو التقدير في الثمن ، وذلك لأن المقصود من البياعات الاسترباح ، والعادة جرت في الوكالات أن يوكل الأهدى في تحصيل الأرباح ، وذلك إنما يكون في التوكيل بتقدير ثمن صالح لزيادة الربح وقد حصل ذلك بتقدير الوكيل الأول ، فبعد ذلك لا يبالي بزيادة الآخر عنه في مجرد العبارة . قال (وإذا زوج المكاتب أو العبد أو الذي ابنته) إذا زوج المكاتب أو العبد أو الذي ابنته وهي صغيرة مسلمة حرّة أو باع أو اشترى لها . يعنى تصرف في مالها بالبيع أو الشراء لم يجز ذلك ، وإنما احتج إلى التأويل لأن قوله أو اشترى لها يحتمل أن يكون معناه اشترى لها من مال نفسه ، وذلك جائز لاحتالة لأن التصرفات المذكورة من باب الولاية ولا ولاية مع الكفر والرق . أما الرق فلا لأن المرقوق لا يملك إنكاح نفسه فكيف يملك إنكاح غيره ، وهو محجور عن التصرف المالى إلا بتوكيل من غيره وليس بموجود . وأما الكافر فلا ولاية له على المسلم الحر لقوله تعالى - ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا - ولهذا لا تقبل شهادته عليه ، ولأنها ولاية نظرية وهي تحتاج إلى قدرة وشفقة ليتحقق معنى النظر ، والرق يزيل القدرة . والكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا تفوّض إليهما . قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : والمرتب إذا مات على رده والحرى كذلك

(قوله فبعد ذلك لا يبالي بزيادة الآخر عنه الخ) أقول : اختيار المشتري أيضا من معظمت أمور التجار فلا نسلم أنه بعد تقدير الوكيل الأول الثمن تكون النيابة في مجرد العبارة .

(قال أبو يوسف ومحمد : والمرتب إذا قتل على رده والحربي كذلك) لأن الحربي أبعد من الذمي فأولى بسلب الولاية ، وأما المرتد فتصرفه في ماله وإن كان نافذا عندهما لكنه موقوف على ولده ومال ولده بالإجماع لأنها ولاية نظرية وذلك باتفاق الملة وهي مترددة ، ثم تستقر جهة الانقطاع إذا قتل على الردة فيبطل وبالإسلام يجعل كأنه لم يزل مسلماً فيصح .

أى فلا تفوض هذه الولاية النظرية إلى العبد والكافر . قال الشارح العيني : وفي بعض النسخ : إلى العاقد المشفق مكان القادر المشفق ، وجعل الشارح الكاكي هذه النسخة أصلاً . وقال : وفي بعض النسخ إلى القادر مكان العاقد . أقول : وأنا لم أر نسخة إلى العاقد قط ولم أجد لها وجهاً هاهنا . إذ لا يوجد حينئذ لقول المصنف والرق يزيل القدرة متعلق كما لا يخفى على الفطن (قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : والمرتب إذا قتل على رده والحربي كذلك) أى لا يجوز تصرفهما على ولدهما المسلم وماله . قال الشارح : وإنما خص قولهما بالذكر مع أن هذا حكم مجمع عليه لأن الشبهة إنما ترد على قولهما لأن تصرفات المرتد بالبيع والشراء ونحوهما نافذة ، وإن قتل على الردة عندهما بناء على الملك وقد تركا أصلهما في تصرفاته على ولده ومال ولده فلما موقوفة بالإجماع . أقول : قد أدرج في قولهما الحربي أيضاً ، والعذر الذى ذكروه لا يجزى فيه قطعاً فلا يتم (لأن الحربي) وإن كان مستأمن (أبعد من الذمي) لأن الذمي صار منا داراً وإن لم يصير منا ديناً ، وقد تحقق منه ما هو خلف عن الإسلام وهو الجزية ، بخلاف الحربي فإنه لم يتحقق في حقه شيء من الأصل والخلف (فأولى بسلب الولاية) أى فالحربي أولى بسلب الولاية : يعنى إذا سلبت ولاية الذى كما عرفت فالحربي أولى بسلبها (وأما المرتد فتصرفه في ماله وإن كان نافذا عندهما) أى عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله (لكنه) أى لكن تصرفه (موقوف) أى موقوف على إسلامه ؛ إن أسلم صح ، وإن مات أوقلت أولحق بدار الحرب بطل (على ولده ومال ولده) متعلق بما يرجع إليه ضمير لكنه وهو التصرف بمعنى الولاية : يعنى لكن تصرفه : أى ولايته على ولده ومال ولده موقوف على إسلامه (بالإجماع) متعلق بقوله موقوف . أقول : لا يخفى على من له فطرة سليمة ووقوف على العربية ومسائل المرتد أن في كلام المصنف هاهنا تعقيداً قبيحاً واحتياجاً إلى بيان معناه بالوجه الذى شرحناه به . وأنا أتعجب من الشراح كيف لم يتعرضوا له أصلاً مع تعقيدهم بكثير من الأمور الجزئية البينة في مواضع شتى . فتحق العبارة هاهنا ما ذكره صاحب الكافي حيث قال : وأما المرتد فإن ولايته على أولاده وأموالهم موقوفة بالإجماع (لأنها) أى لأن ولاية الأب على ولده ومال ولده (ولاية نظرية وذلك) أى الولاية النظرية بتأويل المذكور ، أو بأن استعمال ذلك مشترك (باتفاق الملة) أى بسبب اتفاق الملة بين الأب والولد (وهى) أى الملة (مترددة) فى حق المرتد لكونها معدومة فى الحال لكنها مرجوة الوجود لأن المرتد مجبور عليها فيجب التوقف (ثم تستقر جهة الانقطاع إذا قتل على الردة فيبطل) أى تصرفه (وبالإسلام) أى بالمواد إلى الإسلام (يجعل) أى المرتد (كأنه لم يزل مسلماً فيصح) أى تصرفه . أقول : بقى في هذا المقام شيء ، وهو أن ما ذكره من قوله وإذا زوج المكاتب أو العبد أو الذى ابنته إلى هاهنا ليس من مسائل الوكالة قط ، وقد وجد ذكره مرة فى باب الأولياء والأكفاء من كتاب النكاح حيث قال فيه : ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون ، لأنه لا ولاية لهم على أنفسهم فأولى أن لا تثبت على غيرهم ، ولأن هذه ولاية نظرية ، ولا نظر في التفويض إلى هؤلاء ، ولا ولاية لكافر على مسلم لقوله تعالى

لأن الحربي أبعد من الذمي وإن كان مستأمن ، لأن الذمي صار مناداراً وإن لم يصير منا ديناً ، وقد تحقق منه ما هو خلف عن الإسلام دون الحربي ، فإذا سلبت ولاية الذى فالحربي أولى . وأما المرتد فتصرفه في ماله وإن كان نافذا عندهما لكنه موقوف على ولده ومال ولده بالإجماع إن أسلم جاز ، وإلا فلا لأنها ولاية نظرية ، وذلك أى الولاية النظرية بتأويل المذكور ، أو بأن استعمال ذلك مشترك باتفاق الملة ، والملة مترددة لكونها معدومة فى الحال لكنها مرجوة الوجود لأنه مجبور عليه فيجب التوقف ، فإن قتل شقرت جهة الانقطاع فتبطل عقوده ، وإن أسلم جعل كأنه لم يزل مسلماً فصحت . ولما كان أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تركا أصلهما في نفوذ تصرفات المرتد خص قولهما بالذكر بقوله قال أبو يوسف ومحمد وإن كانت المسئلة بالاتفاق .

(باب الوكالة بالخصومة والقبض)

قال (الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض) عندنا خلافا لـ زفر . هو يقول رضى بخصومته والقبض غير الخصومة ولم يرض به .

- ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا - ولهذا لا تقبل شهادته عليه ولا يتوارثان انتهى . فذكره مرة أخرى سيما في كتاب الوكالة بعيد المناسبة .

(باب الوكالة بالخصومة والقبض)

آخر الوكالة بالخصومة عن الوكالة بالبيع والشراء لأن الخصومة تقع باعتبار ما يجب استيفاؤه من هو في ذمته ، وذلك في الأغلب يكون بمطالبة المبيع أو الثمن ، أو لأنها مهجورة شرعا فاستحقت التأخير عما ليس بمهجور ، كذا في العناية . وذكر الوجه الثاني في سائر الشروح أيضا . واعتبر رضى عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه بحث ، لأننا لانسلم ذلك ، كيف وقد وقعت من رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم والصحابة رضى الله تعالى عنهم ، وانظر إلى تفسير الخصومة هل فيه ما يوجب هجرها أم . أقول : هذا ساقط جدا لأن المراد أن الخصومة بحقيقتها وهي المنازعة مهجورة شرعا لقوله تعالى - ولا تنازعوا فتفشلوا - وإنما شرعت ووقعت من الأشراف باعتبار كونها مجازا عن جواب الخصم بنعم أو لا كما سيأتي بحثه عن قريب مفصلا ومشروحا ، وقد وقع التصريح به هاهنا أيضا في عبارة كثير من الشراح حيث قالوا : لما كانت الخصومة مهجورة شرعا لقوله تعالى - ولا تنازعوا فتفشلوا - حتى تركت حقيقتها إلى مطلق الجواب مجازا آخر ذكر الوكالة بالخصومة عما ليس بمهجور شرعا بل هو مقرر على حقيقته (قال) أى القدورى في مختصره (الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض) أطلق كلامه في رواية لبناول الوكيل بالخصومة في العين والدين جميعا ، فإن الإمام المحبوبي قد ذكر أن الوكيل بالخصومة في العين والدين جميعا وكيل بالقبض (عندنا) أى عند علمائنا الثلاثة ، كذا في النهاية ومعراج الدراية (خلافا لزفر) فإنه يقول : الوكيل بالخصومة لا يكون وكيل بالقبض ، وبه قال الشافعي في الأظهر ومالك وأحمد ، وعن الشافعي في وجه أنه يملك القبض كما قلنا (هو) أى زفر (يقول) إنه (رضى) أى الموكل (بخصومته) أى بخصومة الوكيل (والقبض غير الخصومة) لأن الخصومة قول يستعمل في إظهار الحقوق والقبض فعل حسى (ولم يرض به) أى ولم يرض الموكل بالقبض إذ يختار للخصومة في العادة ألح الناس وللقبض أمن الناس ، فمن يصلح

(باب الوكالة بالخصومة والقبض)

آخر الوكالة بالخصومة عن الوكالة بالبيع والشراء ، لأن الخصومة تقع باعتبار ما يجب استيفاؤه من هو في ذمته ، وذلك في الأغلب يكون بمطالبة المبيع أو الثمن ، أو لأنها مهجورة شرعا فاستحقت التأخير عما ليس بمهجور . قال (الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض) الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض : أى بقبض الدين والعين (خلافا لزفر رحمه الله . هو يقول رضى بالخصومة وليس القبض بخصومة) لأن الخصومة قول يستعمل في إظهار الحق والقبض فعل حسى (ولنا أن الوكيل مادام وكيل يجب عليه القيام

(باب الوكالة بالخصومة والقبض)

(قوله لأن الخصومة تقع) أقول : أى قد تقع (قوله أو لأنها مهجورة شرعا) أقول : قوله أو لأنها مهجورة معطوف على قوله لأن الخصومة الخ فيه بحث لأننا لا نسلم ذلك ، كيف وقد وقعت من رسول الله صلى الله عليه وسلم والصحابة ، وانظر إلى تفسيره الخصومة هل فيه ما يوجب هجرها (قوله لأن الخصومة قول يستعمل في إظهار الحق والقبض فعل حسى) أقول : فيه نظر (قوله ولنا أن الوكيل مادام وكيل يجب عليه القيام الخ) أقول : يخالف لما أسلفه في أوائل كتاب الوكالة من قوله وحكم الوكالة جواز مهاجرة الوكيل بأفوض إليه .

ولنا أن من ملك شيئا ملك إتمامه وإتمام الخصومة وانتهاءها بالقبض . والفتوى اليوم على قول زفر رحمه الله لظهور الخيانة في الوكلاء ، وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال ، ونظيره الوكيل بالتقاضي يملك القبض على أصل الرواية لأنه في معناه وضعاً .

للخصومة ملك من لا يرضى بأمانته عادة (ولنا أن من ذلك شيئا ملك إتمامه وتام الخصومة وانتهاءها بالقبض) يعني أن الوكيل بالشئ مأمور بإتمام ذلك الشئ ، وإتمام الخصومة يكون بالقبض لأن الخصومة باقية مالم يقبض ، وذلك لأنه مالم يقبضه يتوهم عليه الإنكار بعد ذلك والمطل ، ويحتاج إلى المرافعة بإثبات الخصومة فلما وكله بفصلها والفصل بالقبض دخل تحته ضمناً كذا قرره صاحب النهاية وعزاه إلى المبسوط والأسرار . واقتنى أثره صاحب معراج الدراية ، وقال صاحب العناية في تقريره : ولنا أن الوكيل مادام وكيلًا يجب عليه القيام بما أمر به ، وقد أمر بالخصومة والخصومة لا تتم إلا بالقبض لتوهم الإنكار بعد ذلك وتعذر الإثبات بعراض من موت القاضي أو غيره والمطل والإفلاس ، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب اهـ . ورد عليه بعض الفضلاء بأن قوله : ولنا أن الوكيل مادام وكيلًا يجب عليه القيام بما أمر به مخالف لما أسلفه في أوائل كتاب الوكالة من قوله وحكم الوكالة جواز مباشرة الوكيل ما فوض إليه . أقول : ليس هذا بشئ ، فإن منشأ الغفلة عن فائدة قوله مادام وكيلًا في قوله إن الوكيل مادام وكيلًا يجب عليه القيام بما أمر به ، إذ لا شك أن الوكيل مادام ثابتًا على وكالته يجب عليه أداء ما أمر به وإلا يلزم تغرير الأمر وهو ممنوع شرعاً ، ومعنى ما ذكره في أوائل كتاب الوكالة أن الوكالة عقد جائز غير لازم فحكمها جواز أن يباشر الوكيل ما فوض إليه وأن لا يباشره بشرط عزل الموكل إياه أو عزل الوكيل نفسه وإعلامه الموكل ، ثم رد عليه أيضاً ذلك البعض في قوله والخصومة لا تتم إلا بالقبض بأنه إن أريد قبض الوكيل فغير مسلم ، وإن أريد ما يعمه وقبض الموكل فسلم ، ولكن لا يترتب عليه مطلوبه . أقول : المراد بذلك قبض الوكيل أو الموكل ، ويترتب عليه مطلوبه قطعاً بمقتضى مقدمته القائلة : وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب ، لأنه لما فوض الموكل الخصومة إلى الوكيل والتزم الوكيل إقامتها دخل في ضمن ذلك ما لا تتم الخصومة إلا به وهو القبض فلكه الوكيل قطعاً ووجب عليه القيام به مادام على وكالته (والفتوى اليوم على قول زفر لظهور الخيانة في الوكلاء ، وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال) ومشايخ بلخ أفتوا بقول زفر لأن التوكيل بالقبض غير ثابت نصاً ولا دلالة . أما نصاً فظاهر ، وأما دلالة فلأن الإنسان قد يوكل غيره بالخصومة والتقاضي ولا يرضى بأمانته وقبضه ، وبه أفى الصدر الشهيد أيضاً ، كذا ذكره الإمام المحبوبي في جامعهم ، وذكر في الشروح أيضاً إلا أن صاحب العناية قال بعد ذكر ذلك : وفيه نظر ، فإن الدلالة قد وقعت بما ذكرنا أن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب . قال المصنف (ونظيره) أي نظير الوكيل بالخصومة (الوكيل بالتقاضي) فإنه يملك القبض على أصل الرواية (وهو رواية الأصل) (لأنه في معناه وضعاً) أي لأن التقاضي في معنى القبض من حيث الوضع ، وعن هذا قال في الأساس تقاضيه ديني وبديني ، واقتضيته ديني واقتضيت منه حتى : أي أخذته . وقال في القاموس : وتقاضاه الدين قبضه منه . ثم إن صاحب غاية البيان بعد أن فسر قول المصنف لأنه

بما أمر به وقد أمر بالخصومة والخصومة لا تتم إلا بالقبض (لتوهم الإنكار بعد ذلك وتعذر الإثبات بعراض من موت القاضي أو غيره والمطل والإفلاس ، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب) (ومشايخ بلخ رحمهم الله أفتوا بقول زفر رحمه الله لظهور الخيانة في الوكلاء) ولأن التوكيل بالقبض غير ثابت نصاً ولا دلالة . أما نصاً فظاهر ، وأما دلالة فلأن الإنسان قد يوكل غيره بالخصومة والتقاضي ولا يرضى بأمانته وقبضه ، وبه أفى الصدر الشهيد رحمه الله ، وفيه نظر ، فإن الدلالة قد وقعت بما ذكرنا أن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب (ونظير هذا الوكيل بالتقاضي فإنه يملك القبض على أصل الرواية لأنه في معناه وضعاً)

(قوله والخصومة لا تتم إلا بالقبض) أقول : إن أريد بالقبض قبض الوكيل فغير مسلم ، وإن أريد ما يعمه وقبض الموكل فسلم ولكن لا يترتب عليه مطلوبه (قوله لتوهم الإنكار بعد ذلك) أقول : قد سبق من الشارح في فصل القضاء بالمواريث أن أمثال ذلك فادر ، والناذر لا حكم له فراجعه (قال المصنف : لأنه في معناه وضعاً) أقول : ولأن الوكيل بالتقاضي مأمور بقطع ماطلة المطلوب ، وإنما يحصل هذا القطع بالقبض

إلا أن العرف بخلافه وهو قاض على الوضع والفتوى على أن لا يملك .

في معناه وضعا بقوله : أى لأن التقاضى فى معنى القبض قال فيه نظر ، لأنه قال فى المغرب : تقاضيته دينى وتقاضيته بدنى واستقصيته طلبت قضاءه ، واقتضيت منه حتى أخذته . وقال الشارح العيني بعد نقل النظر المذكور عنه : قلت لم أدر وجه النظر فيه لأنه لم يقل التقاضى هو القبض بل قال فى معنى القبض . أقول : بل لا وجه لما قال ، لأن وجه النظر هو أن المفهوم مما فى المغرب كون التقاضى فى اللغة بمعنى طلب القضاء لا بمعنى القبض كما ذكره المصنف ، ولا يدفعه قوله لأنه لم يقل التقاضى هو القبض بل قال فى معنى القبض ، إذ لا شك أن معنى قوله إنه فى معناه وضعا أنهما متحدان معنى من حيث الوضع فى أصل اللغة ، ولو كان معنى التقاضى فى اللغة طلب القضاء لا غير لم يتحقق ذلك الاتحاد فلم يكن فى معنى القبض قطعاً . ثم أقول فى الجواب عن النظر المذكور : لعل صاحب المغرب فسر التقاضى بطلب القضاء الذى هو المعنى العرفى للفظ التقاضى لكونه غالباً على معناه الوضعى الأصلى كما ستعرفه ، فحينئذ لا يكون مخالفاً لما ذكره المصنف ، وما صرح به عامة ثقات أرباب اللغة فى كتبهم المعتمدة من كون معنى التقاضى هو الأخذ والقبض بناء على أصل الوضع ، ويرشد إليه أنه فرق بين الاقتضاء والتقاضى ، ففسر الاقتضاء بالأخذ على أصله لعدم جريان العرف المذكور فيه ، وإلا فلا فرق بينهما فى أصل اللغة كما عرفت مما نقلناه فيما مر آنفاً عن الأساس وصرح به الجوهري فى صحاحه حيث قال : واقتضى دينه وتقاضاه بمعنى فتدبر (إلا أن العرف بخلافه) أى بخلاف الوضع لأن الناس لا يفهمون من التقاضى القبض بل يفهمون منه المطالبة (وهو) أى العرف (قاض على الوضع) أى راجح عليه لأن وضع الألفاظ لحاجة الناس وهم لا يفهمون المعنى الموضوع له بل يفهمون المجاز ، فصار المجاز بمنزلة الحقيقة العرفية لتسارع أفهام الناس إليه (والفتوى على أن لا يملك) يعنى فتوى المشايخ اليوم على أن لا يملك الوكيل بالتقاضى القبض بناء على العرف . قال صاحب العناية : وفيه نظر ، لأن الحقيقة مستعملة والمجاز متعارف وهى أولى منه عند أبى حنيفة . والجواب أن ذلك وجه لأصل الرواية ولا كلام فيه ، وإنما الكلام فى أن الفتوى على أصل الرواية أو على العرف لظهور الحياة فى الوكلاء قالوا على العرف فلا يملك القبض اه كلامه . أقول : لا للنظر شىء ولا الجواب . أما الأول فلأن الحقيقة فى لفظ التقاضى غير مستعملة بل هى مهجورة كما صرح به ثقات المشايخ كالإمام فخر الإسلام البزدوى وصاحب المحيط وغيرهما . قال فى المحيط البرهاني : الوكيل بالتقاضى يملك القبض عند علمائنا الثلاثة ، هكذا ذكر محمد فى الأصل . ثم قال : وذكر الشيخ الإمام الزاهد فخر الإسلام على البزدوى فى شرح هذا الكتاب أن الوكيل بالتقاضى فى عرف ديارنا لا يملك القبض ، كذا جرت العادة فى ديارنا ، وجعل التقاضى مستعملاً فى المطالبة مجازاً لأنه سبب الاقتضاء وصارت الحقيقة مهجورة إلى هنا كلامه . وأما الثانى فلأن كون الحقيقة المستعملة أولى من المجاز المتعارف أصل مقرر عند أبى حنيفة لم يرجع عنه قط ، فلو كانت الحقيقة فى لفظ التقاضى مستعملة لم يصح قول المصنف ، وهو قاض على الوضع على أصل أبى حنيفة قطعاً ، ولم يكن للمشايخ الفتوى على العرف فى مسئلتنا هذه ، إذ يلزم حينئذ ترك أصل إمامهم المجتهد ، وليست وظيفتهم إلا الجريان على أصله الكلى ، وإن جاز لهم بعض من التصرفات

يقال تقاضيته دينى وبدنى واقتضيت دينى واقتضيت منه حتى : أى أخذته (إلا أن العرف بخلافه) لأن الناس يفهمون من التقاضى المطالبة لا القبض (والعرف قاض على الوضع) وفيه نظر لأن الحقيقة مستعملة والمجاز متعارف وهى أولى منه عند أبى حنيفة رحمه الله . والجواب أن ذلك وجه لأصل الرواية ، ولا كلام فيه وإنما الكلام فى أن الفتوى على أصل الرواية أو على

كذا فى المحيط ، وهذا التعليل أنسب بأصل الإمامين إذ المجاز المشهور أولى عندهما فتأمل (قوله وفيه نظر لأن الحقيقة مستعملة الخ) أقول : وفى نظره نظر لظهور تطرق المنع على قوله لأن الحقيقة مستعملة ، كيف والزىلى وصاحب المحيط وغيرهما مبسرحون بأنها مهجورة . ونص عبارة الزىلى : ومعنى التقاضى الطلب فى العرف فصار بمعنى الخصومة ، وهى فى أصل اللغة القبض لأنه تفاعل من قضى ، يقال قضى دينه واقتضيت منه دينى : أى أخذت ، والعرف أملك فكان أولى إذ الحقيقة مهجورة فصار بمعنى الخصومة مجازاً (قوله والجواب أن ذلك وجه لأصل الرواية الخ) أقول : النظر على قوله والعرف قاض على الوضع وليس فى الجواب ما يدفعه . والجواب أن مراده أنه قاض على الوضع

قال (فإن كانا وكيلين بالخصومة لا يقبضان إلا معا) لأنه رضى بأمانتهما لأبأمانة أحدهما ، واجتماعهما ممكن بخلاف الخصومة على مامر . قال (والوكيل بقبض الدين يكون وكيلًا بالخصومة عند أبي حنيفة رحمه الله) حتى لو أقيمت عليه البيئة على استيفاء الموكل أو إبرائه تقبل عنده ، وقالوا : لا يكون خصما وهو ،

في الفروع الجزئية . لا يقال : يجوز أن يكون مدار قول المصنف ومدار فتواهم على أصل أبي يوسف ومحمد ، فإن المجاز المتعارف أولى من الحقيقة المستعملة عندهما . لأننا نقول : الذي يظهر من هذا الكتاب ومن سائر الكتب أن لا يقع خلاف في هذه المسئلة بين أئمتنا الثلاثة ؛ ألا يرى إلى قول محمد في الأصل : الوكيل بالتقاضي يملك القبض عند علمائنا الثلاثة ، ولو كان لأصله المذكور تأثير في هذه المسئلة لما وقع الاتفاق بينهم فيها ، على أن صاحب التلويح قال : وفي كلام فخر الإسلام وغيره ما يدل على أن المجاز المتعارف إنما يرجح عندهما إذا تناول الحقيقة بعمومه كما في مسئلة أكل الحنطة اهـ . ولا يخفى أن الأمر ليس كذلك فيما نحن فيه فلا تمشية لأصلهما المذكور هاهنا رأسا ، فلا مجال لأن يجعل مدار الصحة قول المصنف وفتوى المشايخ فالتحقيق في هذا المقام أن التوكيل بالتقاضي كان مستعملا على حقيقته في الأوائل ، ولم يجر العرف على خلاف ذلك في تلك الأيام ، فكان الوكيل بالتقاضي يملك القبض بالاتفاق على ما وقع في أصل الرواية . وأما اليوم فلما ظهرت الخيانة في الوكلاء وجرى العرف على أن جعلوا التقاضي في التوكيل بالتقاضي مستعملا في المطالبة مجازا وصارت الحقيقة مهجورة أفتى مشايخنا المتأخرون بأن الوكيل بالتقاضي لا يملك القبض بالاتفاق بناء على الأصل المقرر المتفق عليه عند المجتهدين من أن المجاز المتعارف أولى من الحقيقة المهجورة فلم يبق في المقام غبار أصلا (قال) أي محمد في الجامع الصغير (فإن كانا) أي الزجلان (وكيلين بالخصومة لا يقبضان إلا معا) أي لا يقبضان حق الموكل إلا مجتمعين (لأنه) أي الموكل (رضى بأمانتهما لأبأمانة أحدهما) وحده (واجتماعهما ممكن) أي اجتماع الوكيلين على القبض ممكن شرعا فإنهما يصيران قابضين بالتخيلية بلا محذور (بخلاف الخصومة) فإن اجتماعهما عليها غير ممكن شرعا (على مامر) أشار به إلى قوله لأن الاجتماع فيها متعذر للإفضاء إلى الشغب في مجلس القضاء (قال) أي القدوري في مختصره (والوكيل بقبض الدين يكون وكيلًا بالخصومة عند أبي حنيفة) قيد بقبض الدين لأن الوكيل بقبض العين لا يكون وكيلًا بالخصومة بالإجماع على ما سيجيء ، والكلام فيه يرجع إلى أصله . وهو أن التوكيل إذا وقع باستيفاء عين حق الموكل لم يكن وكيلًا بالخصومة ، لأن التوكيل بالخصومة وقع بالقبض لا غير ، وإذا وقع التوكيل بالتملك كان وكيلًا بالخصومة لأن التملك إنشاء تصرف وحقوق العقد تتعلق بالعائد ، كذا قالوا وسيظهر حكم هذا الأصل في دليل المسئلة . ونقل في الفتاوى الصغرى عن مفقود شيخ الإسلام خواهر زاده أن الوكيل بقبض الدين لا يملك الخصومة إجماعا إن كان الوكيل من القاضي كما لو وكل وكيلًا بقبض ديون الغائب ، كذا في غاية البيان . ثم إن المصنف أراد أن يبين ثمرة قول أبي حنيفة في هذه المسئلة فقال (حتى لو أقيمت عليه) أي على الوكيل بقبض الدين (البيئة على استيفاء الموكل) أي على استيفاء الدين من المدين (أو إبرائه) أي أو على إبراء الموكل المدين عن الدين (تقبل عنده) أي تقبل البيئة عند أبي حنيفة . وفي الدخيرة : إذا جحد الغريم الدين وأراد الوكيل بالقبض أن يقيم البيئة على الدين هل تقبل بينته ؟ على قول أبي حنيفة تقبل ، وعلى قولهما لا تقبل (وقالوا : لا يكون خصما) أي وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : لا يكون الوكيل بقبض الدين خصما (وهو) أي قولهما

العرف لظهور الخيانة في الوكلاء . قالوا على العرف فلا يملك القبض (وإن وكل وكيلين بالخصومة لا يقبضان إلا معا لأنه رضى بأمانتهما لأبأمانة أحدهما واجتماعهما على القبض ممكن ، بخلاف الخصومة) فإن اجتماعهما عليها غير ممكن (لما مر) أنه يفضى إلى الشغب في مجلس القضاء وهو مذهب لمهاجرة . قال (والوكيل بقبض الدين يكون وكيلًا بالخصومة الخ) الوكيل بقبض الدين يكون وكيلًا بالخصومة عند أبي حنيفة رحمه الله ، فإذا اقتضى القبض وأقام الخصم بينته على استيفاء الموكل أو إبرائه تقبل عنده ، وقالوا : لا يكون خصما فلا تقبل بيئة الخصم ، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة رضى الله عنهم لأنه وكيل بالقبض والخصومة

بحسب الفتوى (قوله لأنه وكيل بالقبض الخ) أقول : لا يلهب عليك أن مذكوره في سورة التعليلين المستقلين ينهى أن يجعل تعليلا واحدا

رواية الحسن عن أبي حنيفة لأن القبض غير الخصومة ، وليس كل من يوثمن على المال يهتدى في الخصومات فلم يكن الرضا بالقبض رضا بها . ولأبي حنيفة رحمه الله أنه وكله بالتملك لأن الديون تقضى بأمثالها ، إذ قبض الدين نفسه لا يتصور إلا أنه جعل استيفاء العين حقه من وجهه ،

(رواية الحسن عن أبي حنيفة) وبه قال الشافعي في الأصح وأحد في ظاهر الرواية (لأن القبض غير الخصومة) فلم يكن التوكيل بالقبض توكيلاً بالخصومة (وليس كل من يوثمن على المال يهتدى في الخصومات فلم يكن الرضا بالقبض رضا بها) أي بالخصومة (ولأبي حنيفة أنه) أي الموكل (وكله بالتملك) أي وكل الوكيل بقبض الدين بتملك المقبوض بمقابلة ما في ذمة المدين قاصداً (لأن الديون تقضى بأمثالها) لا بأعيانها (إذ قبض الدين نفسه) أي قبض نفس الدين (لا يتصور) لأنه وُصف ثابت في ذمة من عليه (إلا أنه جعل استيفاء لعين حقه من وجهه) استثناء من قوله لأن الديون تقضى بأمثالها : يعني أن الديون وإن كانت تقضى بأمثالها لأعيانها لما ذكرنا آنفاً ، إلا أن قبض المثل جعل استيفاء لعين حق الدائن من وجهه ولهذا يجبر المدينون على الأداء ، ولو كان تملكاً محضاً لما أجبر عليه ، وكذا إذا ظفر الدائن بمنس حقه حلّ له الأخذ . هذا خلاصة ما ذكره الجمهور في شرح في هذا المقام . وأما صاحب العناية فقال في شرحه : لكن الشرع جعل قبضه استيفاء لعين حقه من وجهه لئلا يمنع قضاء ديون لا يجوز الاستبدال بها ، والتوكيل بقبض الدين ، فإنه إذا كان توكيلاً بالتملك كان توكيلاً بالاستقراض ، إذ التوكيل بقبض مثل مال الموكل لا عين ماله ثم يتقاضان ، والتوكيل بالاستقراض باطل اهـ . أقول : فيه بحث ، إذ لما منع أن يمنع امتناع التوكيل بقبض الدين على تقدير أن لا يجعل قبضه استيفاء لعين حقه من وجهه بل جواز تصحيح التوكيل بقبض الدين على ذلك التقدير يجعله رسالة بالاستقراض من حيث المعنى ، والرسالة بالاستقراض جائزة ، وقد أفصح عنه صاحب الذخيرة حيث قال : وفي المسئلة نوع إشكال ، لأن التوكيل بقبض الدين توكيل بالاستقراض معنى ، لأن الديون تقضى بأمثالها ، فاقبضه رب الدين من المدينين يصير مضموناً عليه وله على الغريم مثله فيلتقيان قاصداً . وقد ذكرنا أن التوكيل بالاستقراض غير صحيح . والجواب أن التوكيل بقبض الدين رسالة بالاستقراض من حيث المعنى ، وليس بتوكيل بالاستقراض لأنه لا بد للوكيل بقبض الدين من إضافة القبض إلى موكله بأن يقول : إن فلانا وكلني بقبض ماله عليك من الدين كما لا بد للرسول في الاستقراض من الإضافة المرسل بأن يقول : أرسلني فلان إليك يقول لك أقرضني كذا ، بخلاف الوكيل بالاستقراض فإنه يضيف إلى نفسه فيقول أقرضني فصح ما ادعيته أنه رسالة معنى ، والرسالة بالاستقراض جائزة ، إلى هنا كلامه . ثم اعلم أن الإمام الزليعي قد ذكر في شرح الكنز ما ذكره صاحب الذخيرة من الإشكال والجواب المزبورين وقال : هكذا ذكره في النهاية وعزاه إلى الذخيرة ، ثم قال : وهذا سؤال حسن ، والجواب غير مخلص على قول أبي حنيفة ، فإنه لو كان رسولا لما كان له أن يخاصم اهـ . أقول : ليس ذلك بسديد ، إذ ليس المراد أن الوكيل بقبض الدين رسول من كل وجه حتى لا يكون خصماً ، بل المراد أنه رسول

ليست بقبض فلا يكون وكيلاً بها ، ولأن الوكيل بالقبض موثمن على المال ، وليس كل من يوثمن على المال يهتدى إلى الخصومات فلم يكن الرضا به رضا بها . ولأبي حنيفة أنه وكله بالتملك لأن الديون تقضى بأمثالها إذ قبض نفس الدين غير متصور لكونه وصفاً ثابتاً في ذمة من عليه ، لكن الشرع جعل قبضه استيفاء لعين حقه من وجهه لئلا يمنع قضاء ديون لا يجوز الاستبدال بها والتوكيل بقبض الديون ، فإنه إذا كان توكيلاً بالتملك كان توكيلاً بالاستقراض إذ التوكيل بقبض مثل مال الموكل لا عين ماله ثم يتقاضان ، والتوكيل بالاستقراض باطل ، والوكيل بالتملك أصيل في حقوق العقد ، والأصيل فيها خصم فيها كالموكل فكان

لإثبات المطلوب . الأول لانقضاء الوكالة بالخصومة عبارة : والثاني لانقضاء دلالة واقضاء (قوله إذ قبض نفس الدين غير متصور الخ) أقول : قال في البدائع في تعليقه : لأن الدين إما أن يكون عبارة عن الفعل وهو تسليم المال ، وإما أن يكون عبارة عن مال حكى في الذمة ، وكل ذلك لا يتصور استيفاءه (قوله والتوكيل بقبض الديون) أقول : عطف على قضاء ديون (قوله والوكيل بالتملك أصيل في حقوق العقد والأصيل فيها خصم فيها) أقول : يعني والأصيل في حقوق العقد خصم في الحقوق . ثم اعلم أن قوله والوكيل بالتملك كبرى ، وقوله والأصيل فيها خصم صغرى للقياس الثاني .

فأشبه الوكيل بأخذ الشفعة والرجوع في الهبة والوكيل بالشراء والقسمة والرد بالعيب ، وهذه أشبه بأخذ الشفعة حتى يكون خصما قبل القبض كما يكون خصما قبل الأخذ هنالك . والوكيل بالشراء لا يكون خصما قبل مباشرة الشراء ،

بالاستقراض بالنظر إلى قبض مثل الدين ابتداء ووكيل بالتملك بالنظر إلى المقاصة الحاصلة بعد ذلك ، وكونه خصما حكم مرتب على الثاني دون الأول فلا غبار على الجواب (فأشبه) أى الوكيل بقبض الدين (الوكيل بأخذ الشفعة) يعنى أنه أشبه ذلك في كونه خصما ، فإنه إذا أقام المشتري البينة على الوكيل بأخذ الشفعة على تسليم الموكل الشفعة تقبل (والرجوع في الهبة) بالجر عطف على أخذ الشفعة : أى فأشبه أيضا الوكيل بالرجوع في الهبة ، فإنه إذا أقام الموهوب له البينة على الوكيل بالرجوع على أن الموكل الواهب أخذ العوض تقبل (والوكيل بالشراء) بالنصب عطف على الوكيل بأخذ الشفعة : أى فأشبه أيضا الوكيل بالشراء فإنه خصم يطالب بمحقوق العقد ولا يرى لفصله عما قبله بإعادة لفظ الوكيل كثير فائدة (والقسمة) بالجر عطف على الشراء : أى فأشبه أيضا الوكيل بالقسمة . فإن أحد الشريكين إذا وكل رجلا بأن يقاسم مع شريكه وأقام الشريك البينة عليه بأن الموكل قبض نصيبه فلأنها تقبل (والرد بالعيب) بالجر عطف على الشراء أيضا : أى فأشبه أيضا الوكيل بالرد بالعيب على البائع ، فإن البائع إذا أقام البينة عليه بأن الموكل رضى بالعيب تقبل (وهذه) أى مسألة الكتاب وهى مسألة الوكيل بقبض الدين ، وفى بعض النسخ وهذا : أى الوكيل بقبض الدين (أشبه بأخذ الشفعة) أى أشبه بالوكيل بأخذ الشفعة منها بالوكيل بالشراء ، كذا صرحوا به فى شروح الجامع الصغير . واعلم أن شراح الهداية قد اختلفوا فى تفسير معنى كلام المصنف هذا وتبين المراد بالمفضل عليه هاهنا فقال صاحب النهاية : أى الوكيل بقبض الدين أشبه بالوكيل بأخذ الشفعة من الوكيل بالشراء ، وذكر هذا المعنى صاحب العناية وغاية البيان أيضا ، لكن بطريق النقل عن شروح الجامع الصغير بعبارتين ، فقال صاحب العناية : قالوا فى شروح الجامع الصغير : وهذه أى مسألة الوكيل بالقبض أشبه بالوكيل بأخذ الشفعة منها بالوكيل بالشراء . وقال صاحب الغاية : قالوا فى شروح الجامع الصغير : إن الوكيل بقبض الدين أشبه بالوكيل بأخذ الشفعة من الوكيل بالشراء . وقال تاج الشريعة : أى مسألة الوكيل بقبض الدين أشبه بمسألة الوكيل بأخذ الشفعة من المسائل الثلاث الأخر ، وعلى ذلك بأن فى هذه المسائل ما لم توجد المبادلة لاتثبت الوكالة بخلاف مسألة الشفعة وقبض الدين ، وإليه ذهب صاحب معراج الدراية والشارح العيني أيضا ، ولكن لم يعينوا تلك الثلاث الأخر من بين المسائل الأربع الباقية بعد مسألة الوكيل بأخذ الشفعة . ثم إن المصنف بين وجه الأشبهة بقوله (حتى يكون خصما قبل القبض) أى حتى يكون الوكيل بقبض الدين خصما عند أى حنيقة قبل قبض الدين (كما يكون) أى كما يكون الوكيل (خصما قبل الأخذ) أى قبل أخذ العقار (هنالك) أى فى التوكيل بأخذ الشفعة (والوكيل بالشراء لا يكون خصما قبل مباشرة الشراء) فافترقا . أقول : لا يذهب عليك أن تخصيص الوكيل بالشراء بالذكر هاهنا يشعر بكون المراد بالمفضل عليه فى قوله فيما مر ، وهذه أشبه بأخذ الشفعة هو الوكيل بالشراء ، فيكون معناه : أن مسألة الوكيل بقبض الدين أشبه بمسألة الوكيل بأخذ الشفعة منها بالوكيل بالشراء ، كما صرح به شراح الجامع الصغير وذهب إليه فرقة من شراح الهداية ، واختارناه أيضا فى شرحنا هنالك بناء على هذا ، ولكن بقيت شبهة ، وهى أن الوكيل إن لم يكن خصما قبل المباشرة لما وكل به فى المسائل الأربع الباقية أيضا لا يظهر لتخصيص مسألة الوكيل بالشراء بالذكر وجعل المفضل عليه إياها فقط وجه وإن كان خصما قبل ذلك فى تلك المسائل أيضا كما هو الظاهر سيما فى مسألة التوكيل بالقسمة ، إذ لا شك أن الشريك الآخر لو أقام البينة قبل أن يقسم الوكيل

كالوكيل يأخذ بالشفعة إذا قامت عليه البينة بتسليم الموكل الشفعة فلأنها تقبل والشفعة تبطل ، والوكيل بالرجوع فى الهبة إذا أقام الموهوب له البينة على أخذ الواهب العوض فلأنها تقبل والرجوع يبطل ، والوكيل بالشراء فإنه خصم يطلب حقوق العقد ، وبالقسمة بأن وكل أحد الشريكين وكيلًا بأن يقاسم مع شريكه وأقام الشريك البينة عليه بأن الموكل قبض نصيبه فلأنها تقبل ، وبالرد بالعيب على البائع فإنه إذا أقام البينة عليه بأن الموكل رضى بالعيب تقبل . قالوا فى شروح الجامع الصغير : وهذه أى مسألة الوكيل بالقبض أشبه بالوكيل بأخذ الشفعة منها بالوكيل بالشراء . لأن الوكيل فى هذه يكون خصما قبل القبض كما يكون

وهذا لأن المبادلة تقتضى حقوقا وهو أصيل فيها فيكون خصما فيها . قال (والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة) بالاتفاق لأنه أمين محض ، والقبض ليس بمبادلة فأشبهه الرسول (حتى أن من وكل وكيلا بقبض عبد له فأقام الذى هو فى يده البينة أن الموكل باعه إياه وقف الأمر حتى يحضر الغائب) وهذا استحسان . والقياس أن يدفع إلى الوكيل لأن البينة قامت لأعلى خصم فلم تعتبر . وجه الاستحسان أنه خصم فى قصر يده لقيامه مقام الموكل فى القبض فتقصر يده حتى لو حضر البائع تعاد البينة على البيع ،

بالقسمة ما وكل بتقسيمه على أن الموكل قبض نصيبه منه تقبل بينته ، لا يظهر لتخصيص أشبهية الوكيل بقبض الدين بالوكيل بأخذ الشفعة وجه ، إذ يصير الوكيل بقبض الدين حينئذ أشبه بتلك المسائل أيضا من الوكيل بالشراء فتأمل (وهذا) إشارة إلى مطلع نكتة أبي حنيفة بقوله إنه وكله بالتملك (لأن المبادلة تقتضى حقوقا) كالتسليم والتسلم وغير ذلك (وهو) أى الوكيل بالتملك (أصيل فيها) أى فى الحقوق (فيكون خصما فيها) أى فى الحقوق : يعنى كأن الموكل أمر الوكيل بتملك مثل الدين الذى على المدينون وذلك مبادلة ، والمأمور بالمبادلة يكون أصيلا فى حقوق المبادلة ، كذا فى النهاية وأكثر الشروح . وقال صاحب العناية : قوله وهذا إشارة إلى ما أشرنا إليه مما يتم به دليل أبي حنيفة ، وهو أن الوكيل بالتملك أصيل فى الحقوق اهـ . فعليك الاختبار ثم الاختيار . واعترض بعض الفضلاء على كلام المصنف هنا حيث قال : فيه بحث ، فإن المبادلة لم تقع من الوكيل بل من موكله ، فكيف يكون الوكيل أصيلا فى حقوقها . وقال : فإن قيل : المبادلة فى التملك بأخذ الدين . قلنا : ذلك لم يقع بعد فتأمل اهـ . أقول : ليس هذا بمتوجه ، لأن تعلق بعض الحقوق بشيء قبل وقوعه ليس بعزيز ؛ ألا يرى أن حق الخصومة يثبت للوكيل بأخذ الشفعة قبل وقوع الأخذ ، فكذا هاهنا ، وقد أشار إليه المصنف بقوله وهذه أشبه بأخذ الشفعة حتى يكون خصما قبل القبض كما يكون خصما قبل الأخذ هنالك . ثم إن التحقيق أن قبض الدين وإن كان مبادلة من جهة كون الدين تقضى بأمثالها إلا أنه استيفاء لعين الحق من وجه كما مر ، فلشبهه بالمبادلة تعلق حق الخصومة بالوكيل ، ولشبهه بأخذ عين الحق جازت الخصومة قبل وقوع التملك بقبض الدين ويرشد إليه ما ذكره الإمام قاضىخان فى شرح الجامع الصغير حيث قال : لا يقال لو كان وكيلا بالمبادلة وجب أن تلحقه العهدة فى المقبوض . لأننا نقول : إنما لا تلحقه العهدة فى المقبوض لأن قبض الدين وإن كان مبادلة من الوجه الذى ذكرناه فهو استيفاء عين الحق من وجه ، لأن من الديون ما لا يجوز الاستبدال به ، فلشبهه بالمبادلة جعلناه خصما ، ولشبهه بأخذ العين لا تلحقه العهدة فى المقبوض عملا بها اهـ (قال) أى محمد فى الجامع الصغير (والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة بالاتفاق) أى باتفاق أصحابنا ، وللشافعى وأحمد فيه قولان كما فى قبض الدين (لأنه) أى لأن الوكيل بقبض العين (أمين محض) حيث لا مبادلة هاهنا لأنه بقبض عين حق الموكل (والقبض) أى قبض العين (ليس بمبادلة فأشبهه الرسول ، حتى أن من وكل وكيلا بقبض عبد له) أى للموكل (فأقام الذى هو فى يده) أى فأقام ذو اليد (البينة) على (أن الموكل باعه) أى باع العبد (إياه) أى ذا اليد (وقف الأمر حتى يحضر الغائب) أى الموكل (وهذا) أى وقوف الأمر (استحسان) أى مقتضى الاستحسان (والقياس) أى مقتضاه (أن يدفع) أى العبد (إلى الوكيل) ولا يلتفت إلى بينة ذى اليد (لأن البينة قامت لأعلى خصم) بناء على أن الوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة (فلم تعتبر) أى البينة (وجه الاستحسان أنه) أى الوكيل (خصم فى قصر يده) أى فى حق قصر يد نفسه عن العبد (لقيامه مقام الموكل فى القبض فتقصر يده) أى يد الوكيل : يعنى يصير أثر البينة مجرد قصر يده لا لإثبات البيع (وإن لم يثبت البيع ، حتى لو حضر الغائب) وهو الموكل (تعاد البينة على البيع) يعنى لو حضر هاهنا كذلك . وأما الوكيل بالشراء فإنه لا يكون خصما قبل مباشرة الشراء (قوله وهذا) إشارة إلى ما أشرنا إليه مما يتم به دليل أبي حنيفة رضى الله عنه ، وهو أن الوكيل بالتملك أصيل فى الحقوق . قال (والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة الخ)

(قال المصنف : وهذا لأن المبادلة تقتضى حقوقا وهو أصيل فيها فيكون خصما فيها) أقول : فيه بحث ، فإن المبادلة لم تقع من الوكيل بل من موكله فكيف يكون الوكيل أصيلا فى حقوقها . فإن قيل : المبادلة فى التملك بأخذ الدين . قلنا : ذلك لم يقع بعد فتأمل (قوله وهذا إشارة إلى ما أشرنا إليه) أقول : الإشارة إلى ما ليس مذكور .

فصار كما إذا أقام البينة على أن الموكل عزله عن ذلك فإنها تقبل في قصر يده كذا هذا . قال (وكذلك العتاق والطلاق وغير ذلك) ومعناه إذا أقامت المرأة البينة على الطلاق والعبد والأمة على العتاق على الوكيل بنقلهم تقبل في قصر يده حتى يحضر الغائب استحسانا دون العتق والطلاق . قال (وإذا أقر الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي جاز إقراره عليه ،

الموكل لا بد لذي اليد من إعادة إقامة البينة على البيع في محضر الموكل ، ولا يكتفى بالبينة السابقة في إثبات البيع لعدم كون الوكيل خصما من هذه الجهة (فصار) هذا (كما إذا أقام) أي ذواليد (البينة على أن الموكل عزله) أي عزل الوكيل (عن ذلك) أي عن التوكيل بقبض العين (فإنها تقبل) أي فإن البينة تقبل هناك (في قصر يده) أي في حق قصر يده (كذا هذا) أي مانحن فيه (قال) أي محمد في مختصره (وكذلك العتاق والطلاق وغير ذلك) كالارتهان ، فإنه إذا ادعى صاحب اليد الارتهان من الموكل وأقام بينة على ذلك تقبل في حق قصر يده لافي ثبوت الارتهان في حق الموكل ، كذا في الشروح . قال المصنف (ومعناه) أي معنى قول محمد : وكذلك العتاق والطلاق (إذا أقامت المرأة البينة على الطلاق والعبد والأمة) أي وإذا أقام العبد والأمة البينة (على العتاق على الوكيل بنقلهم) متعلق بالإقامة : أي وإذا أقاموا البينة على الوكيل بنقلهم إلى الموكل يعني إذا أراد الوكيل بنقل المرأة إلى زوجها الموكل نقلها إليه وأراد الوكيل بقبض العبد والأمة نقلهما إلى مولاها الموكل قبضهما ونقلهما إليه ، فأقامت المرأة البينة على الوكيل بنقلها على أن زوجها طلقها ، وأقام العبد والأمة البينة على الوكيل بنقلهما على أن مولاها أعتقهما (فإنها تقبل في قصر يده) أي في حق قصر يد الوكيل عنهم (حتى يحضر الغائب) أي إلى أن يحضر الغائب (استحسانا) أي تقبل استحسانا ، وأما قياسا فلا تقبل لقيامها لاعلى خصم (دون العتق والطلاق) أي لا تقبل في حق ثبوت العتق والطلاق لاقياسا ولا استحسانا ، وذلك لأن الوكيل ليس بخصم في إثبات العتق والطلاق وإن كان خصما في قصر يده ، وليس من ضرورة قصر يده القضاء بالعتق والطلاق على الغائب فتقبل في القصر دون غيره . وجملة الكلام في هذه المسئلة أن البينة قامت على شيئين : على البيع والعتق والطلاق ، وعلى قصر يد الوكيل . ففي حق زوال الملك عن الموكل قامت لاعلى خصم ، وفي حق قصر يد الوكيل قامت على خصم فتقبل في حق قصر يده لافي حق إزالة ملك الموكل (قال) أي القدروري في مختصره (وإذا أقر الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي) متعلق بأقر أي أقر عند القاضي (جاز إقراره عليه) أطلق الإقرار والموكل ليتناول اسم الموكل للمدعى

الوكيل بقبض العين لا يكون وكيل بالخصومة بالاتفاق لأنه أمين محض ، حيث لا مبادلة هناك لكونه وكيل بقبض عين حق الموكل من كل وجه فأشبه الرسول ، فإذا وكل بقبض عبده فأقام من يده العبد بينة أن الموكل باعه إياه دفع العبد إلى الوكيل ، ولم يلتفت إلى بينة ذى اليد في القياس لأنها قامت لا على خصم . وفي الاستحسان : وقف الأمر حتى يحضر الأمر لأنه لقيامه مقام الموكل في القبض خصم في قصر يده فتصير حتى لو حضر الغائب تعاد البينة وصار كما إذا أقامها على أنه عزله عن ذلك تقبل في قصر يده فكذا هذا ، وكذلك إذا أراد الوكيل بنقل المرأة إلى زوجها نقلها إليه والوكيل يقبض العبد والحارية قبضهما فأقامت المرأة البينة على أن زوجها طلقها والعبد والأمة على العتاق أو من هما بيده على الارتهان من الموكل فإنها لا تقبل قياسا لقيامها لاعلى خصم . وفي الاستحسان : تقبل في قصر يد الوكيل دون القضاء بالطلاق والعتق والرهن لأنها تتضمن الطلاق والعتق والرهن ، ومن ضرورة ذلك قصر يد الوكيل ، والوكيل ليس بخصم في أحدهما وهو إثبات العتق على المولى ، ولكنه خصم في قصر يده وليس من ضرورة قصر يده القضاء بالعتق على الغائب فتقبلنا في القصر دون غيره . قال (وإذا أقر الوكيل بالخصومة على موكله الخ) . إذا أقر الوكيل بالخصومة على موكله سواء كان موكله المدعى فأقر باستيفاء الحق أو المدعى عليه فأقر بثبوته عليه ، فإن كان ذلك

(قوله إذا أراد الوكيل بنقل المرأة إلى زوجها نقلها إليه) أقول : قوله نقلها مفعول أراد (قوله قال وإذا أقر الوكيل بالخصومة الخ) أقول : لا يلعب عليك أن ما ذكره في وجه الاستحسان لا يعصها بل يختص بما إذا كان الموكل هو المدعى عليه فلا بد من ارتكاب تأويل وتعميم الجواب لما يتكلم به المدعى والمدعى عليه .

ولا يجوز عند غير القاضي (عند أبي حنيفة ومحمد استحسانا إلا أنه يخرج عن الوكالة وقال أبو يوسف : يجوز إقراره عليه وإن أقر في غير مجلس القضاء . وقال زفر والشافعي رحمهما الله : لا يجوز في الوجهين وهو قول أبي يوسف رحمه الله أولا ، وهو القياس لأنه مأمور بالخصومة وهي منازعة والإقرار يضاده لأنه مسالة ، والأمر بالشيء لا يتناول ضده ولهذا لا يملك الصلح والإبراء ويصح إذا استثنى الإقرار ،

والمدعى عليه ، فإن هذا الحكم وهو جواز إقرار الوكيل على موكله لا يتفاوت بين أن يكون موكله مدعيا أو مدعى عليه : سوى أن معنى الإقرار يختلف بحسب اختلاف الموكل ، فإقرار وكيل المدعى هو أن يقر أن موكله قبض هذا المال وإقرار وكيل المدعى عليه هو أن يقر بوجوب المال على موكله ، كذا في النهاية ومعراج الدراية . وخلاصة هذا ما قاله صاحب العناية سواء كان موكله المدعى فأقر باستيفاء الحق أو المدعى عليه فأقر بثبوته عليه . ويقرب منه ما قاله صاحب الكافي : ولا فرق بين أن يكون الوكيل بالخصومة من المدعى فأقر بالقبض أو الإبراء ، أو من المدعى عليه فأقر عليه بالحق (ولا يجوز عند غير القاضي) أي لا يجوز إقرار الوكيل بالخصومة على موكله عند غير القاضي (عند أبي حنيفة ومحمد استحسانا) وقوله استحسانا يتعلق بقول جاز ويقول لم يجوز كما ذكر في النهاية فتأمل (إلا أنه يخرج عن الوكالة) فلا يدفع المال إليه . ولو ادعى بعد ذلك وأقام بينة على ذلك لاتسمع بينته . وفي الجامع الصغير للإمام المحبوبي وعند أبي حنيفة ومحمد تبطل الوكالة على رواية الأصل لأنه زعم أنه مبطل في دعواه (وقال أبو يوسف : يجوز إقراره عليه ، وإن أقر في غير مجلس القضاء . وقال زفر والشافعي : لا يجوز في الوجهين) أي في مجلس القاضي وفي غير مجلسه ، وبه قال مالك وأحمد وابن أبي ليلى رحمهم الله (وهو) أي قول زفر والشافعي (قول أبي يوسف أولا وهو القياس) أي مقتضاه (لأنه) أي الوكيل (مأمور بالخصومة وهي) أي الخصومة (منازعة) ومشاجرة (والإقرار يضاده) أي يضاد الخصومة التي هي المنازعة وتذكير الضمير بتأويل ما أمر به (لأنه) أي الإقرار (مسالة) ومساعدة (والأمر بالشيء لا يتناول ضده ، ولهذا) أي ولأجل عدم تناول الأمر بالشيء ضد ذلك الشيء (لا يملك) أي الوكيل بالخصومة (الصلح والإبراء) وكذا لا يملك الهبة والبيع كما صرح به الكافي وغيره ، فإن في كل واحد من هذه الأفعال ما يضاد الخصومة (ويصح) أي يصح التوكيل بالخصومة (إذا استثنى الإقرار) بأن قال وكلتك بالخصومة غير جائز الإقرار ، أو بأن قال وكلتك بالخصومة بشرط أن لا تقر علي . قال صاحب النهاية : هذه المسئلة دليل من يقول إن التوكيل بالخصومة لا يتناول الإقرار ، فوجه الدلالة هو أن التوكيل بالخصومة لو كان مجازا لمطلق الجواب لكان ينبغي أن لا يصبح استثناء الإقرار من التوكيل

عند القاضي جاز ، وإلا فلا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ، إلا أنه إذا أقر عند غير القاضي خرج من الوكالة فلا يدفع إليه المال ؛ ولو ادعى بعد ذلك الوكالة وأقام على ذلك بينة لم تسمع بينته لأنه زعم أنه مبطل في دعواه . وقال أبو يوسف رحمه الله : جاز إقراره في الوجهين جميعا ، وقال زفر والشافعي وهو قول أبي يوسف أولا ، لا يجوز في الوجهين جميعا . والقياس إما شمول الجواز كما هو مذهب أبي يوسف رحمه الله ، وإما شمول العدم كما هو مذهبهم ، والفصل بين مجلس القضاء وغيره استحسان ، وجه القياس أن الوكيل بالخصومة مأمور بالمنازعة لأنها الخصومة ، والإقرار ليس بمنازعة لأنه مسالة ، والأمر بالشيء لا يتناول ضده ، ولهذا لا يملك الوكيل بالخصومة الصلح والإبراء فيصح التوكيل إذا استثنى الإقرار بأن قال وكلتك

(قوله ولو ادعى بعد ذلك ، إلى قوله : أنه مبطل في دعواه) أقول : فيه تأمل (قوله وجه القياس أن الوكيل النج) أقول : فإن قيل : إن قول المصنف وهو القياس المنفهم منه قصر القياس على قول زفر والشافعي وتشريك أبي يوسف مع أبي حنيفة ومحمد في وجه الاستحسان يأتي ما ذكره . قلنا : المقصور على قولهما هو القياس الخالص الذي لا يشوبه شيء من الاستحسان ، والتشريك المذكور لا يتأني كون شمول الوجود ثابتا بالقياس المتفرع على الاستحسان ، فإن صرف التوكيل بالخصومة إلى التوكيل بالجواب ثابت استحسانا ، وعدم اختصاص إقراره بالمجلس ثابت قياسا ، وبهم ذلك من قوله بعد ذلك يقول أبو يوسف فتأمل (قوله مأمور بالمنازعة لأنها الخصومة) أقول : الضمير في قوله لأنها راجع إلى المنازعة (قال المصنف : والأمر بالشيء لا يتناول ضده) أقول : تقرير دليلهم أن الخصومة ضد الإقرار ، وكل

بالخصومة ، وذلك لأن المراد من الجواب إما الإقرار أو الإنكار لأكلاهما بالاتفاق . ثم في صحة استثناء الإقرار عن الجواب يلزم استثناء الكل من الكل ، وذلك لا يجوز ، والدليل على هذا أن التوكيل بالخصومة غير جائز الإنكار لا يصح لما قلنا . فعلم بهذا أن التوكيل بالخصومة ليس بمجاز لمطلق الجواب اه كلامه . أقول : فيه نظر ، لأنه إن أراد بقوله لأن المراد من الجواب إما الإقرار أو الإنكار لأكلاهما بالاتفاق أن المراد من الجواب إما الإقرار وحده أو الإنكار وحده لا معهما بالاتفاق ، فلا نسلم أن الأمر كذلك ، إذ المراد من الجواب عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ما يعم الإقرار والإنكار بطريق عموم المجاز دون أحدهما عينا كما سيأتي بيانه مفصلا ومشروحا سيما من الشارح المذكور ، وإن أراد بذلك أن المراد منه أحدهما لا بعينه لا مجموعهما معا في حالة واحدة فهو مسلم ، إذ لا يصح جمع الإنكار والإقرار معا في جواب قضية واحدة ، ولكن لا نسلم حينئذ قوله ثم في صحة استثناء الإقرار عن الجواب يلزم استثناء الكل من الكل ، إذ اللازم فيهما حينئذ إنما هو استثناء الجزئي من الكلي كما لا يخفى . وقوله والدليل على هذا أن التوكيل بالخصومة غير جائز الإنكار لا يصح لما قلنا ليس بتمام أيضا ، إذ يصح استثناء الإنكار في ظاهر الرواية كما يصح استثناء الإقرار ، نص عليه في الذخيرة وغيرها . ثم أقول : وبهذا يظهر فساد ما في كلام غاية البيان أيضا في هذا المقام حيث قال في تقرير المحل : وكما لو وكله بالخصومة واستثنى الإقرار فأقر الوكيل لم يصح إقراره ، لأن لفظ التوكيل بالخصومة لم يتناول الإقرار ، فلو تناوله بطل الاستثناء . وصح الإقرار لأن الخصومة شيء واحد والاستثناء من شيء واحد لا يجوز اه . فإنه إن أراد بقوله لأن الخصومة شيء واحد أنها أمر جزئي لا تعدد فيه أصلا فليس كذلك قطعا ، وإن أراد بذلك أنها واحد من حيث المفهوم فهو لا ينافي تعددها من حيث الأفراد وصحة استثناء بعض أفرادها منها عند التوكيل بها كما لا يخفى . وقال تاج الشريعة في حل هذا المقام : معناه أن الإقرار لو كان من حقوق التوكيل بالخصومة لما صح استثنائه كما لو استثنى الإنكار وكما لو وكل بالبيع على أن لا يقبض الثمن أو لا يسلم المبيع انتهى . واقتنى أثره صاحب العناية في حل المقام ، ولكن أورد عليه حيث قال : ولو كان الإقرار من حقوق التوكيل بالخصومة لما صح استثنائه كما لو استثنى الإنكار ، وكما لو وكل بالبيع على أن لا يقبض الثمن أو لا يسلم المبيع . ثم قال : وفيه نظر ، لأنه لو لم يتناوله لما صح الاستثناء انتهى . أقول : نظره ساقط جدا لأن عدم تناول إنما ينافي صحة الاستثناء المتصل دون الاستثناء المنقطع ، ويجوز أن يكون مدار صحة استثناء الإقرار من التوكيل بالخصومة شرعا هو الاستثناء المنقطع فلا يلزم المحذور . نعم يرد على المحل المذكور أن من يقول بصحة استثناء الإقرار من التوكيل بالخصومة ممن يقول بجواز إقرار الوكيل بالخصومة على موكله لا يقول بكون الإقرار من حقوق التوكيل بالخصومة ، بل يقول بكونه من جزئياته كما سيظهر من تقرير المصنف فلا يكون قوله وبصح إذا استثنى الإقرار على المعنى المذكور حجة عليه فلا يتم التقريب . واعلم أن الشارح الكاكي والشارح العيني جعلوا قول المصنف : وبصح إذا استثنى الإقرار جوابا عن سؤال يرد على قولهم : أي على قول زفر والشافعي وقول أبي يوسف أولا ، وقرر السؤال والجواب بما لا حاصل له كما لا يخفى على الفطن الناظر في كلامهما . ولما رأينا تفصيل ذلك إطنابا مملأ أعرضنا عنه ، على أن مآل ما ذكره

بالخصومة غير جائز الإقرار ، ولو كان الإقرار من حقوق التوكيل بالخصومة لما صح استثنائه ، كما لو استثنى الإنكار ، وكما لو وكل بالبيع على أن لا يقبض الثمن أو لا يسلم المبيع ، وفيه نظر لأنه لو لم يتناوله لما صح الاستثناء .

ما هو ضد الشيء لا يدخل في الأمر به ضده (قوله ولو كان الإقرار من حقوق التوكيل الخ) أقول : فإن حقوق الشيء تدخل فيه بالتبعية ، وما هو كذلك لا يصح استثنائه إلا أن كون الإقرار من حقوق الجواب غير مسلم ولم يدع ذلك أحد بل ذلك من جزئياته كما يعلم من تقرير المصنف وجه الاستحسان (قوله كما لو استثنى الإنكار) أقول : استثناء الإنكار أيضا مختلف فيه بين أبي يوسف ومحمد في الأصح ، والتفصيل في كتب الأصول (قوله وفيه نظر لأنه الخ) أقول : لا يعم الاستثناء المتصل حتى يرد النظر .

وكذا لو وكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة لحرمان العادة بذلك ولهذا يختار فيها الأهدى فالأهدى .

الكاسى فى تقرير الجواب ماذكر فى النهاية ، ومآل ما ذكره العيني فى تقريره ما ذكر فى غاية البيان وقد عرفت حالهما (وكذا لو وكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة) يعنى الإنكار (إذ العادة) فى التوكيل (جرت بذلك ولهذا يختار فيها) أى فى الخصومة (الأهدى فالأهدى) والإقرار لا يحتاج إلى زيادة الهداية . قال صاحب النهاية : هذه المسئلة مبتدأة خلافية ، ليس لإيرادها على وجه الاستشهاد : يعنى لو وكله بالجواب مطلقا فهو على هذا الاختلاف أيضا ، كذا فى المختلقات البرهانية اهـ . وقد اقتنى أثره فى ذلك أكثر الشراح ، إلا أن صاحب العناية ذكره بطريق النقل عن النهاية . وقال صاحب غاية البيان : وكان هذا سهو القلم من صاحب الهداية ، وظنى أنه أراد بذلك فكذا فيما وكله بالخصومة يتقيد بجواب هو خصومة على وجه النتيجة : يعنى لما كان الأمر بالشىء لا يتناول ضده حتى لا يملك الوكيل الصلح وصح استثناء الموكل الإقرار أنتج أن التوكيل بالخصومة يتقيد بجواب هو خصومة وهو الإنكار لا يجوز هو مسائلة وهو الإقرار ، ولأجل أن التوكيل بالخصومة يتقيد بجواب هو خصومة يختار فى التوكيل بخصومة الأهدى فى الخصومة فالأهدى ، ولا يمكن تصحيح كلام صاحب الهداية بإجرائه على ظاهره . لأنه لو وكله بالجواب مطلقا لا يتقيد بجواب هو خصومة وهو الإنكار ، لأن المأمور به هو مطلق الجواب وهو يشمل الإنكار والإقرار جميعا ، بخلاف المأمور بالخصومة ، إذ يجوز أن يقول زفر بين الخصومة والإقرار مضادة ، ولهذا صرح علاء الدين العالم فى طريقة الخلاف أنه لو وكله بالجواب المطلق فأقر يصح ؛ فعلم أنه إذا وكله بالجواب المطلق لا يتقيد بجواب هو خصومة ، وقد تحير بعض الشارحين فى هذا المقام فقال : هذه مسئلة مبتدأة للاستشهاد ، إلى هنا كلامه . أقول : فيه نظر . أما أولا فلأن كون الكلام المذكور من قبيل سهو القلم عما ظن أنه مراد بذلك مما لا ينبغي أن ينسب إلى من له أدنى تمييز فضلا عن أن ينسب إلى صاحب الهداية ذلك الإمام الذى لن تسمح بمثله الأدوار مدار الفلك الدوار ، فإن بين الكلام المذكور وما ظنه مرادا بذلك بونا بعيدا من حيث اللفظ والمعنى ، فأنى يتيسر الحمل على أن يكون أحدهما سهوا عن الآخر . وأما ثانيا فلأننا لنسلم عدم إمكان تصحيح كلام صاحب الهداية بإجرائه على ظاهره . قوله لأنه لو وكله بالجواب مطلقا لا يتقيد بجواب هو خصومة وهو الإنكار . قلنا : إن أراد به أنه لو وكله بالجواب مطلقا لا يتقيد على قول أبى حنيفة ومحمد وقول أبى يوسف آخرا بجواب هو خصومة فهو مسلم . لكن لا يضر بتصحيح كلام صاحب الهداية بإجرائه على ظاهره بناء على قول زفر والشافعى رحمهما الله وقول أبى يوسف أولا كما هو مراده قطعا . وإن أراد بذلك أنه لو وكله بالجواب مطلقا لا يتقيد على قول زفر والشافعى وقول أبى يوسف أولا أيضا بجواب هو خصومة فهو ممنوع ، كيف وقد صرح فى المختلقات البرهانية بأن هذه المسئلة أيضا على الاختلاف المذكور فى التوكيل بالخصومة . قوله لأن المأمور به هو مطلق الجواب وهو يشمل الإنكار والإقرار جميعا ، بخلاف المأمور بالخصومة إذ يجوز أن يقول زفر بين الخصومة والإقرار مضادة . قلنا : لزفر أن يقول فى مسئلة التوكيل بالجواب مطلقا أن الأمر ينصرف إلى جواب هو خصومة ، إذ العادة فى التوكيل جرت بذلك ولهذا يختار الأهدى فالأهدى ، والوكالة تتقيد بدلالة العرف ، وصرح بهذا التقرير فى الكافى والتبيين . ولا شك أن اتفاق جواب المسئلتين لا يقتضى اتحاد دليلهما . قوله ولهذا صرح علاء الدين العالم فى طريقة الخلاف أنه لو وكله بالجواب المطلق فأقر يصح . قلنا : لا يدل ما صرح به علاء الدين العالم فى طريقة

(قوله وكذا لو وكاه بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة) قال فى النهاية : هى مسئلة مبتدأة خلافية لم يوردها على وجه الاستشهاد : يعنى لو وكله بالجواب مطلقا فهو أيضا على هذا الخلاف ، كذا فى المختلقات البرهانية .

(قال المصنف : وكذا لو وكله بالجواب مطلقا) أقول : والظاهر من سياق العلامة النسبى فى الكافى أن هذه المسئلة ذكرت استشهادا ، فإنه قال : ولو وكله بالخصومة واستثنى الإقرار يصح التوكيل ، ولو كانت حقيقة الخصومة مهجورة لما صح استثناء الإقرار ، ولأنه لو استثنى الإقرار صريحا لملك الإقرار ، فكذا إذا استثناء دلالة ، والظاهر أن يكون مستثنى فى توكيله الإقرار ، ولهذا لو وكله بالجواب مطلقا ينصرف إلى جواب هو خصومة ، إذ العادة فى التوكيل جرت بذلك ولهذا يختار الأهدى فالأهدى ، والوكالة تتقيد بدلالة العرف انتهى فليتأمل . فإنه يجوز أن يكون نظير مسئلتى الفهم والحمد على ما سبق قبل ورقتين فتذكر .

وجه الاستحسان أن التوكيل صحيح قطعاً وصحته بتناوله ما يملكه قطعاً وذلك مطلق الجواب دون أحدهما عينا .

الخلاف ، على أنه لو وكله بالجواب المطلق فأقرّ يصح عند جميع الأئمة حتى زفر والشافعي فلا يتم مطلوبه . وأما صحة ذلك عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند أبي يوسف على قوله الآخر فما لا يشك فيه أحد فاندفع ما اشتبّه عليه هاهنا بجذائره . ثم أقول : الإنصاف أن كون ما ذكره المصنف هاهنا مسألة مبتدأة خلافية غير موردة على وجه الاستشهاد كما اختاره جمهور الشراح مما لا يلبق بشأن المصنف إذ هو بصدد بيان أدلة أقوال المجتهدين في مسألة التوكيل بالخصومة . فإلا ضرورة في شروع مسألة أخرى أثناء ذكر أدلة هذه المسألة قبل تمامها ؟ فالوجه عندي أن هذه المسألة ذكرت هاهنا على وجه الاستشهاد : يعني لو وكله بالجواب المطلق صريحاً لا يتناول الإقرار بل بتقيد بجواب هو خصومة وهو الإنكار بدلالة العرف . ولهذا يختار فيها الأهدى فالأهدى . فكيف يتناول الإقرار ما إذا وكله بالخصومة بمجرد احتمال أن يراد بالخصومة مطلق الجواب مجازاً . نعم مسألة التوكيل بالجواب مطلقاً أيضاً على الاختلاف المذكور في التوكيل بالخصومة كما صرح به في المختلقات البرهانية فلا يحصل بها إلزام الخصم . إلا أن ذكرها هاهنا من قبيل ردّ المختلف على المختلف ، فيصير استشهاداً تحقيقياً عند المستدل وإن لم يكن إلزامياً . ونظير هذا أكثر من أن يحصى فتدبر (وجه الاستحسان أن التوكيل) يعني أن التوكيل للمعهود المذكور وهو التوكيل بالخصومة (صحيح قطعاً) أي صحيح من كل وجه بالإجماع (وصحته بتناوله ما يملكه قطعاً) أي صحة هذا التوكيل بتناوله ما يملكه الموكل قطعاً لأن التوكيل بغير المملوك تصرف في غير ملكه وهو غير صحيح . قال صاحب غاية البيان : ولا يلزم على هذا توكيل المسلم الذي يبيع الخمر أو شرائها فإنه يجوز على مذهب أبي حنيفة مع أن المسلم لا يملك ذلك بنفسه . لأننا نقول : إن ذلك مملوك للمسلم ضمناً وحكماً لتصرف الوكيل وإن لم يكن مملوكاً قصداعلى وجه لا يلحقه اللوم والإثم في ذلك . على أننا نقول : إن للمسلم ولاية في جنس التصرف لكونه حراً عاقلاً بالغاً على وجه يلزمه حكم التصرف فيما تصرف بولايته . ولا يشترط أن يكون للموكل ولاية في كل الأفراد . وقد مضى بيان ذلك في أوائل كتاب الوكالة عند قوله ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف وتلزمه الأحكام اهـ كلامه . أقول : في جوابه الثاني بحث ، لأنه لا يدفع النقص اللازم هاهنا بصحة توكيل المسلم الذي يبيع الخمر وشرائها عند أبي حنيفة بل يؤيده . فإنه إذا لم يشترط أن يكون للموكل ولاية في كل الأفراد فجاز عند أبي حنيفة بناء على ذلك توكيل المسلم الذي بما لا يملكه بنفسه وهو بيع الخمر وشرائها ينبغي أن يجوز عنده فيما نحن فيه أيضاً صحة التوكيل بما لا يملكه الموكل بناء على ذلك ، فلا يتم قوله وصحته بتناوله ما يملكه قطعاً . وقال صاحب العناية : وإن اختلف في ذهنب صحة توكيل المسلم الذي يبيع الخمر فتذكر ما تقدم فيه اهـ . أقول : الذي تقدم فيه من صاحب العناية هو قوله في أوائل كتاب الوكالة بصدد شرح قول المصنف ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف . قال صاحب النهاية : إن هذا القيد وقع على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ، وأما على قول أبي حنيفة فمن شرطها أن يكون الوكيل ممن يملك التصرف لأن المسلم لا يملك التصرف في الخمر ، ولو وكل به جاز عنده ، ومنشأ هذا التوهم أن جعل اللام في قوله يملك التصرف للعهد : أي يملك التصرف الذبي وكل به ، وأما إذا جعلت للجنس حتى يكون معناه يملك جنس التصرف احترازاً عن الصبي والمجنون فيكون على مذهب الكل وهو المراد اهـ . ولا ينبغي أن مآل هذا ما ذكره صاحب غاية البيان في جوابه الثاني ، وقد بينا أنه لا يدفع النقص هاهنا بل يؤيده (وذلك) أي ما يملكه الموكل (مطلق الجواب) المتناول للإنكار والإقرار جميعاً (دون أحدهما عينا) أي دون أحد

وجه الاستحسان أن هذا التوكيل صحيح قطعاً من كل وجه وصحته بتناوله ما يملكه الموكل قطعاً ، لأن التوكيل في غير المملوك تصرف في غير ملكه وهو غير صحيح ، وإن اختلف في ذهنب صحة توكيل المسلم ببيع الخمر فتذكر ما تقدم فيه ، وذلك أي

(قال المصنف : وصحته بتناوله ما يملكه قطعاً) أقول : ولا يبعد إرجاع التفسير في قوله يملكه إلى الوكيل فلا يرد التوكيل بالخمر (قوله وصحته بتناوله ما يملكه قطعاً) أقول : أي ما يملكه الموكل شرعاً ، ثم أعلم أن التفسير في قوله بتناوله راجع إلى التوكيل في قوله وجه الاستحسان أن هذا التوكيل (قوله فتذكر ما تقدم فيه) أقول : في الورق الثاني من كتاب الوكالة فراجع مثبثاً بذيل إنصافك هل تجد هناك ما ينفع في دفع

وطريق المجاز موجود على ما نبينه إن شاء الله تعالى فيصرف إليه تحرياً للصحة قطعاً ؛ ولو استثنى الإقرار ، فعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يصح لأنه لا يملكه . وعن محمد رحمه الله أنه يصح

الجوابين بعينه لأنه ربما يكون أحدهما بعينه حراماً لأن خصمه إن كان محقاً يجب عليه الجواب بالإقرار وإن كان مبطلاً يجب عليه الجواب بالإنكار فلا يملك المعين منهما قطعاً فلا يصح التوكيل به قطعاً بل يصح من وجه دون وجه ، وحيث صح من كل وجه علم أنه يتناول مملوكه من كل وجه وهو مطلق الجواب الداخل تحته كل واحد منهما (وطريق المجاز) أى بين الخصومة ومطلق الجواب (موجود على ما نبينه إن شاء الله تعالى) على ما سيأتى عن قريب عند بيان وجه قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله فى هذه المسئلة (فيصرف إليه) أى فيصرف التوكيل بالخصومة إلى التوكيل بمطلق الجواب (تحرياً للصحة قطعاً) أى تحرياً لصحة كلام الموكل قطعاً ، فإن كلام العاقل يصاب عن الإلغاء (ولو استثنى الإقرار ؛ فعن أبي يوسف أنه لا يصح) جواب عن مستشهد زفر والشافعى : يعنى لانسلم صحة هذا الاستثناء ، بل لا يصح على قول أبي يوسف كما ذكره شيخ الإسلام فى شرح الجامع الصغير فى أصول الفقه أيضاً (لأنه) أى لأن الموكل (لا يملكه) أى لا يملك الاستثناء لأن ملكه يستلزم بقاء الإنكار عينا ، وقد لا يخل ذلك كما مر آنفاً ، كذا ذكر فى العناية وكثير من الشروح ، أو لأن من أصله أن صحة الإقرار باعتبار قيامه مقام الموكل لا لأنه من الخصومة فيصير ثابتاً بالوكالة حكماً فلا يصح استثنائه ، كما لو وكل بالبيع على أن لا يقبض الوكيل الثمن أو لا يسلم المبيع ، فإن ذاك الاستثناء باطل كذا هذا ، كذا ذكر فى الكافى وفى بعض الشروح (وعن محمد أنه يصح) يعنى ولئن سلمنا أن

ما يملكه الوكيل مطلق الجواب دون أحدهما عينا لأن الخصم إذا كان محقاً وجب عليه الإقرار ، وإن كان مبطلاً وجب عليه الإنكار ، لكن لفظ الخصومة موضوع للمقيد فيصرف إلى المطلق مجازاً على ما سيأتى تحرياً للصحة قطعاً (قوله ولو استثنى الإقرار) جواب عن مستشهد زفر رحمه الله . ووجهه : لانسلم صحة الاستثناء بل لا يصح على قول أبي يوسف رحمه الله لأنه لا يملك الاستثناء ، لأن ملكه يستلزم بقاء الإنكار عينا ، وقد لا يخل له كما مر آنفاً . ولئن سلمنا صحته كما قال محمد رحمه الله لكنه إنما صح لتخصيصه على الاستثناء والتنصيص زيادة دلالة على تملكه إياه . وبيان ذلك ما قلنا إنه لا يخل له الإنكار لجواز أن يكون الخصم محقاً ، فإذا نص على استثناء الإقرار دلّ على أنه يعلم بيقين أن خصمه مبطل حملاً لأمر المسلم على الصلاح فتعين الإنكار ، وعند الإطلاق يحمل على الأولى بحال المسلم وهو مطلق الجواب . وعن محمد أنه فصل بين وكيل الطالب ووكيل المطلوب ولم يصححه فى المطلوب لكونه مجبوراً عليه . قال فى النهاية : أى على الإقرار لأن المدعى يثبت ما ادعاه بالبينة أو يضطر المدعى عليه إلى الإقرار بعرض البين عليه فيكون مجبوراً على الإقرار فكذا وكيله ، إلا أن الوكيل عند توجه البين يحمل البين على موكله لأن النيابة لا تجرى فى الإيمان فلا يفيد استثناء الإقرار فائدته . ولقائل أن يقول : المدعى قد يعجز عن إثبات دعواه بالبينة ، وقد لا يضطر المدعى عليه إلى الإقرار بعرض البين لكونه محقاً فيكون الاستثناء مفيداً . والجواب أن المطلوب مجبور على الإقرار

النقص هنا . وعندى أن تقييد قوله صحيح بقوله قطعاً : أى إجماعاً متكفل بدفع النقض ، فإن صحة توكيل المسلم ببيع الخمر مختلف فيه ، وأقل درجة الخلاف إيراد الشبهة فلا تكون قطعية فليتأمل (قوله لأنه لا يملك الاستثناء لأن ملكه الخ) أقول : الفسّر فى قوله ملكه راجع إلى الاستثناء (قوله وعند الإطلاق يحمل على الأولى بحال المسلم) أقول : فيه أنه لم يحمل فى الإطلاق على أنه يعلم بيقين أن خصمه مبطل حملاً لأمر المسلم على الصلاح لظهور أن فى الإطلاق أيضاً دلالة على ذلك كما يدل عليه قول المصنف للتخصيص زيادة دلالة . ويمكن أن يقال لظهور محمية الخصم كثيراً منع الاعتداد بتلك الدلالة ، بخلاف التخصيص فليتأمل . قال فى الكافى : لأن صحة إقرار الوكيل باعتبار ترك حقيقة اللفظ إلى المجاز حملاً على ما هو الأول بالمسلم ، إذ الخصومة منازعة والمنازعة حرام والتوكيل بالمحرام حرام فحملناه على المجاز لظاهر حاله انتهى : يعنى حملنا دلالة ظاهر حاله من الديانة على دلالة الإطلاق فافهم ، إلا أنه بقى البحث فى قوله والمنازعة حرام لأن حرمة المنازعة ممنوعة على الإطلاق فليتأمل (قوله فلا يفيد استثناء الإقرار فائدته) أقول : فإنه لو لم يقر الوكيل يقر الموكل فلا فرق بين الإقرارين فتفوت فائدة الاستثناء (قوله والجواب أن المطلوب مجبور الخ) أقول : لا يقال إذا كان المدعى عليه محقاً لا يقر الوكيل فلا فائدة فى الاستثناء أيضاً لأننا لانسلم أنه لا يقر لجواز أن يضطر الطالب بإعطاء الرشوة مثلاً فيقر فليتأمل . ولعل مراد صاحب النهاية أن الظاهر أن الوكيل المتدين لا يقر كاذباً على موكله ، بل إنما يقر

لأن للتنصيص زيادة دلالة على ملكه إياه ؛ وعند الإطلاق يحمل على الأولى . وعنه أنه فصل بين الطالب والمطلوب ولم يصححه في الثاني لكونه مجبورا عليه ويخير الطالب فيه .

استثناء الإقرار يصح كما قال محمد في ظاهر الرواية لكنه إنما يصح (لأن للتنصيص) أى لتنصيص الموكل على الاستثناء (زيادة دلالة على ملكه إياه) أى على تملكه الإنكار . وبيان ذلك أنه إنما لم يحمل له الإنكار لجواز أن يكون خصمه عفا ، فإذا نص على استثناء الإقرار دل على أنه يعلم بيقين أن خصمه مبطل حلالا لأمر المسلم على الصلاح فتعين الإنكار (وعند الإطلاق) أى عند إطلاق التوكيل بالخصومة من غير استثناء الإقرار (يحمل على الأولى) أى يحمل كلامه على ما هو الأولى بحال المسلم وهو مطلق الجواب (وعنه) أى عن محمد (أنه فصل بين الطالب والمطلوب) أى فصل بين المدعى والمدعى عليه في استثناء الإقرار عند التوكيل بالخصومة فصحح استثناءه في الأول وهو الطالب (ولم يصححه في الثاني) وهو المطلوب (لكونه) أى لكون المطلوب (مجبورا عليه) أى على الإقرار ، كذا في النهاية وفي العناية أيضا نقلا عن النهاية ، أو على ترك الإنكار كذا في كثير من الشروح . وقال في غاية البيان بعد ذكر ذلك : أو يقال لكون المطلوب شخصا يجبر عليه في الخصومة (ويخير الطالب فيه) أى في أصل الخصومة فله ترك أحد وجهيها ، كذا في الكفاية . وذكر في التمهة عن محمد أنه يصح استثناء الإقرار من الطالب لأنه مخير ، ولا يصح من المطلوب لأنه مجبور عليه : يعنى أن الوكيل إذا كان من جانب المدعى صح استثناء الإقرار لأن المدعى لما كان مخيرا بين الإقرار والإنكار أدعى الاستثناء فأنذته في حقه . وأما إذا كان من جانب المدعى عليه فلا يصح استثناء الإقرار لأنه لا يفيد ذلك ، لأن المدعى يثبت ما ادعاه بالبينة على المدعى عليه ، أو يضطر المدعى عليه إلى الإقرار بعرض البين عليه فيكون مجبورا على الإقرار فكذلك وكيله ، إلا أن التوكيل عند توجه البين يحيل البين على موكله لأن النيابة لا تجري في الأيمان فلا يفيد استثناء الإقرار فأنذته ، كذا في النهاية ومراجع الدراية . وقال صاحب العناية بعد ذكر ذلك مجملا . ولقاتل أن يقول : المدعى قد يعجز عن إثبات دعواه بالبينة ، وقد لا يضطر المدعى عليه إلى الإقرار بعرض البين لكونه محقا فيكون الاستثناء مفيدا . والجواب أن المطلوب مجبور على الإقرار إذا عرض عليه البين وهو مبطل فكان مجبورا في الجملة فلم يكن استثناءه مقيدا فيه ، بخلاف الطالب فإنه مخير في كل حال فكان استثناءه مفيدا إلى هنا كلامه . أقول : في الجواب نظر لأنه إذا لم يتعين كون المطلوب مجبورا على الإقرار بل كان ذلك احتمالا محضا موقوفا على كونه مبطلا لم يتعين عدم الفائدة في استثناءه الإقرار ، بل كان ذلك أيضا احتمالا محضا ، فبمجرد الاحتمال كيف يجوز إساءة الظن بالمسلم وإلغاء كلام العاقل مع وجوب حمل أمر المسلم على الصلاح وصيانة كلام العاقل عن الإلغاء ؟ أقول : بلى ها هنا بحث ، وهو أن الطالب أيضا قد يكون مجبورا على الإقرار لأن إقرار الطالب لا يتصور من حيث أنه مدعى ، إذ الدعوى والإقرار متباينان . بل متضادان ، وإنما يتصور ذلك من حيث أنه مدعى عليه باستيفاء حقه من خصمه ، ولا شك أن الطالب من حيث أنه مدعى عليه يعرض عليه البين فيكون مجبورا على الإقرار . لا يقال : المراد أن

إذا عرض البين وهو مبطل فكان مجبورا في الجملة فلم يكن استثناءه مفيدا فيه ، بخلاف الطالب فإنه مخير في كل حال فكان استثناءه مفيدا ، ولم يذكر المصنف رحمه الله الجواب عن صورة الصلح والإبراء . وأجيب بأنه إنما لم يصح صلح الوكيل بالخصومة لأن الخصومة ليست بسبب دأع إلى الصلح أو إلى الإبراء فلم يوجد مجوز الحجاز . وفيه نظر ، فإن إفضاءها إلى الصلح أو الإبراء لم يكن أشد من إفضائها إلى الإقرار فهو مثله لا محالة . وأيضاً الخصومة والصلح متقابلان ، فينبغي أن تجوز الاستعارة . والأولى أن يقال : التوكيل بالخصومة ينصرف إلى مطلق الجواب لما ذكرنا ومطلق الجواب إما بلا أو بنعم . والصلح عقد آخر يحتاج إلى عبارة أخرى خلاف ما وضع

إذا كان الخصم محقا ، وفي تلك الصورة يضطر الموكل إلى الإقرار بعرض البين فلا يفيد استثناءه ويندفع عنه ما ذكره هذا الشارح كما لا يخفى فيكون المراد بقوله مجبور عليه أنه مجبور على الإقرار وجودا وعدما (قوله إذا عرض عليه البين وهو مبطل الخ) أقول : فيه إساءة الظن بالمسلم ، ثم لا يلزم ما ذكره عدم صحة استثناء المطلوب مطلقا إلا بتغليب جانب مطلية المطلوب على محقيته ، إذ لا علم لنا بتعيين مواضع محقيته ومطليةه ليتمكن القول بصحة الاستثناء في الأول دون الثاني ، وفيه السعي في إلغاء كلام العاقل مع ما ذكرنا من إساءة الظن . ويمكن أن يقال : الجانب المطلوب يعارضه جانب الطالب ويترجح طلب الطالب بإقرار الوكيل .

فبعد ذلك يقول أبو يوسف رحمه الله : إن الوكيل قائم مقام الموكل ، وإقراره لا يختص بمجلس القضاء فكذا إقرار نائبه . وهما يقولان : إن التوكيل يتناول جواب يسمى خصومة حقيقة أو مجازا . والإقرار في مجلس القضاء خصومة مجازا ، إما لأنه خرج في مقابلة الخصومة ،

الطالب من حيث أنه طالب : أى مدع يصح منه استثناء الإقرار لعدم كونه مجبورا على الإقرار من هذه الحيثية بل مخير ، بخلاف المطلوب من حيث أنه مطلوب : أى مدعى عليه فإنه قد يكون مجبورا عليه . لأننا نقول : الطالب من حيث أنه طالب لما لم يتصور منه الإقرار قط لم يمكن استثناء الإقرار هناك أصلا فضلا عن صحته فليتأمل . ثم قال صاحب العناية : ولم يذكر المصنف الجواب عن صورة الصلح والإبراء . وأجيب بأنه إنما لم يصح صلح الوكيل بالخصومة لأن الخصومة ليست بسبب داع إلى الصلح أو إلى الإبراء فلم يوجد مجوز المجاز ، وفيه نظر فإن إفضاءها إلى الصلح والإبراء لم يكن أشد من إفضائها إلى الإقرار فهو مثله لا محالة ، وأيضا الخصومة والصلح متقابلان فينبغي أن تجوز الاستعارة ، والأولى أن يقال : التوكيل بالخصومة ينصرف إلى مطلق الجواب لما ذكرنا ، ومطلق الجواب إما بلا أو بنعم ، والصلح عقد آخر يحتاج إلى عبارة أخرى خلاف ما وضع جواب ، وكذلك الإبراء فلا يتناوله اللفظ الموضوع لمطلق الجواب لاحقيقة ولا مجازا ، إلى هنا كلامه . أقول : فنظرة الأول ساقط جدا ، إذ لا نسلم أن إفضاء الخصومة إلى الصلح والإبراء أشد من إفضائها إلى الإقرار أو مثل إفضائها إليه ، كيف والخصم قد يضطر إلى الإقرار عند عرض اليمين عليه ، بخلاف الصلح والإبراء فإن الخصم لا يضطر إليهما أصلا بل هو مختار فيهما مطلقا ، على أنهما لا يتحققان باختيار الخصم فقط بل لابد فيهما من اختيار المتخاصمين معا ، وإلى هذا كله أشار الحبيب وهو الشارح الإنشائي في تقرير جوابه حيث قال : والجواب عن القياس على الصلح فنقول : إنما لم يصح صلح الوكيل لأن الخصومة ليست بسبب داع إلى الصلح ، بل هو تصرف ابتداء يتعلق باختيارهما اه (فبعد ذلك) شروع في بيان مأخذ الاختلاف الواقع بين الأئمة الثلاثة : أى بعد ما ثبت أن التوكيل بالخصومة ينصرف إلى مطلق الجواب أو بعد ما ثبت جواز إقرار الوكيل بالخصومة على موكله (يقول أبو يوسف) في التسوية بين مجلس القضاء وغيره (إن الوكيل قائم مقام الموكل) فيقتضى هذا أن يملك ما كان الموكل مالكا له (وإقراره) أى إقرار الموكل (لا يختص بمجلس القضاء) لأن الإقرار موجب بنفسه ، وإنما يختص بمجلس القضاء مالا يكون موجبا إلا بانضمام القضاء إليه كالبينة والتكول (فكذا إقرار نائبه) أى هو أيضا لا يختص بمجلس القضاء (وهما) أى أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله (يقولان) في الفرق بين مجلس القضاء وغيره (أن التوكيل) أى التوكيل بالخصومة (يتناول جوابا يسمى خصومة حقيقة) وهو الإنكار (أو مجازا) وهو الإقرار لما مر أنه ينصرف إلى مطلق الجواب ، ومطلق الجواب مجاز عام يتناول بعمومه الحقيقة وهى الخصومة والمجاز وهو الإقرار ، والإقرار لا يكون خصومة مجازا إلا في مجلس القضاء ، فما كان منه في غيره فليس بخصومة لاحقيقة وهو ظاهر ، ولا مجازا إذ الإقرار إنما يكون خصومة مجازا من حيث أنه جواب ، ولا جواب في غير مجلس القضاء فلا إقرار يكون خصومة مجازا في غيره فلا يتناوله الجواب الموكل به . ثم إن طريق كون الإقرار من حيث أنه جواب خصومة مجازا كما وعد المصنف بيانه فيما مر ما ذكره هاهنا بقوله (والإقرار في مجلس القضاء خصومة مجازا إما لأنه) أى الإقرار (خرج في مقابلة الخصومة) جوابا عنها فسمى باسمها كما سمي جزاء العدوان عدوانا في قوله تعالى - فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم - وكما سمي جزاء السيئة سيئة في قوله تعالى - وجزاء سيئة سيئة مثلها - كذا في المبسوط

للجواب وكذلك الإبراء فلا يتناوله اللفظ الموضوع لمطلق الجواب لاحقيقة ولا مجازا (قوله فبعد ذلك) شروع في بيان مأخذ الاختلاف الواقع بين العلماء الثلاثة : أى بعد ما ثبت أن التوكيل ينصرف إلى مطلق الجواب أو بعد ما ثبت جواز إقرار الوكيل بالخصومة على موكله (يقول أبو يوسف) في التسوية بين مجلس القاضي وغيره (الوكيل قائم مقام الموكل ، وإقرار الموكل لا يختص بمجلس القضاء فكذا إقرار نائبه ، وهما يقولان إن التوكيل بالخصومة يتناول جوابا يسمى خصومة حقيقة أو مجازا) لما مر أنه ينصرف (قال المصنف : إما لأنه خرج في مقابلة الخصومة) أقول : فيكون مجازا على سبيل المشاكلة كقوله تعالى - وجزاء سيئة سيئة مثلها -

أو لأنه سبب له لأن الظاهر إتيانه بالمستحق وهو الجواب في مجلس القضاء فيختص به ،

والأسرار . قال صاحب العناية : فكان مجوز التصاد وهو مجوز لغوى لما قررنا في التقرير أنه لا يصلح مجوزاً شرعياً . وقال بعض الفضلاء : بل الظاهر أن مجوزه المشاكلة . أقول : لا يخفى على من يعرف حقيقة المشاكلة ويتقن النظر في مباحثها أن المشاكلة بمعزل عما نحن فيه ، وإنما غرّه تمثيلهم مانحن فيه بقوله تعالى - وجزاء سيئة سيئة مثلها - وقوله تعالى - فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم - ولكن جواز المشاكلة أيضاً في ذنك الموضعين من النظم الشريف لا يقتضى جوازه فيما نحن فيه ، تأمل تقف (أولاً) أى الخصومة على تأويل التخاصم ، كذا في النهاية وغيرها . وقال في معراج الدراية : وفي بعض النسخ : أو لأنها (سبب له) أى لإقرار ، وقد سمي المسبب باسم السبب كما يقال صلاة العيد سنة مع أنها واجبة باعتبار أنها تثبت بالسنة ، وكما يسمى جزاء السيئة سيئة إطلاقاً لاسم السبب على المسبب فكان المجوز السببية . قال في العناية : وهو مجوز شرعى نظير الاتصال الصورى فى اللغوى كما عرف (لأن الظاهر إتيانه) أى إتيان الخصم (بالمستحق) فتكون الخصومة سبباً له حيث أفضى إليه ظاهراً ، كذا ذكره تاج الشريعة واختاره العيني ، فحينئذ يكون قوله لأن الظاهر الخ تعليلاً لقوله أو لأنه سبب له . وقيل هو تعليل لقوله والإقرار في مجلس القضاء خصومة مجازاً بملاحظة القصر في التقييد بقوله في مجلس القضاء : يعنى بالإقرار في غيره فتأمل اهـ . ويشعر به تحرير صاحب العناية حيث قال : وأما اختصاصه بمجلس القضاء فلأن الظاهر إتيانه بالمستحق الخ فتفكر (وهو) أى المستحق (الجواب في مجلس القضاء) لا غير (فيختص به) أى فيختص جواب الخصومة بمجلس القضاء . قال صاحب العناية : ولو قال لأن الواجب عليه إتيانه بالمستحق بدل لأن الظاهر كان أوفى تأدية للمقصود انتهى . وقال بعض الفضلاء : إنما لم يقل لأن الواجب الخ لتطرق المنع على دعوى الوجوب ، وسنده ما مر في أول كتاب الوكالة من الشارح حيث بين حكمها انتهى . أقول : ليس هذا بشيء ، لأن مداره على زعم أن ضمير عليه وإتيانه في قوله لأن الواجب عليه إتيانه بالمستحق راجع إلى الوكيل من حيث إنه وكيل ، وليس كذلك بل هو راجع إلى الخصم وهو الموكل حقيقة ، وإن عدّ الوكيل أيضاً خصماً لقيامه مقام الموكل فالوجوب هاهنا يصير حكم الخصومة لاحكم الوكالة ، ووجوب الجواب على الخصم بما لا يقبل المنع قطعاً ، وما مر من صاحب العناية في أول كتاب الوكالة وهو جواز مباشرة الوكيل مافوض إليه إنما هو حكم الوكالة ، وذلك لا ينافي كون الوجوب المذكور هاهنا حكم الخصومة فلا يكاد يصلح سنداً للمنح ذلك ؛ ألا يرى أنه يجب على الوكيل كثير من أحكام ما بشره

إلى مطلق الجواب ، ومطلق الجواب مجاز عام يتناول بعمومه الحقيقة وهى الخصومة والمجاز وهو الإقرار (والإقرار لا يكون خصومة مجازاً إلا في مجلس القضاء) فما كان منه في غيره فليس بخصومة لاحقيقة وهو ظاهر ولا مجازاً ، إذ الإقرار خصومة مجازاً من حيث أنه جواب ، ولا جواب في غير مجلس القضاء فلا إقرار يكون خصومة مجازاً في غيره فلا يتناول الجواب الموكل به (أما) أنه خصومة مجازاً (لأنه خرج في مقابلة الخصومة) فكان مجوزه التصاد . وهو مجوز لغوى لما قررنا في التقرير أنه لا يصلح مجوزاً شرعياً (أو لأن الخصومة سبب الإقرار) . فكان المجوز السببية وهو مجوز شرعى نظير الاتصال الصورى فى اللغوى كما عرف ، وأما اختصاصه بمجلس القضاء (لأن الظاهر إتيانه بالمستحق) والمستحق (هو الجواب في مجلس القضاء فيختص به)

(قوله لا يكون خصومة مجازاً إلا في مجلس القضاء) أقول : لا يذهب عليك ما في كلامه من الركائكة ظاهراً ، ويندفع به قوله إلا في مجلس القضاء حالاً من اسم لا يكون (قوله إذ الإقرار خصومة الخ) أقول : من قبيل قياس المساواة المنتج (قوله أما أنه خصومة مجازاً) أقول : أى من حيث أنه جواب ، ويفهم من بيان المجوز اعتبار تلك الحثية فافهم . (قوله فلا يخرج في مقابلة الخصومة) أقول : أى جواباً عنها (قوله فكان مجوزه التصاد) أقول : بل الظاهر أن مجوزه المشاكلة (قال المصنف : لأن الظاهر إتيانه بالمستحق) أقول : تعليل لقوله والإقرار في مجلس القضاء خصومة مجازاً بملاحظة القصر من التقييد بقوله في مجلس القضاء : يعنى بالإقرار في غيره فتأمل (قوله ولو قال لأن الواجب عليه الخ) أقول : إنما لم يقل لأن الواجب الخ لتطرق المنع على دعوى الوجوب ، وسنده ما مر في أول كتاب الوكالة من الشارح حيث بين حكمها (١٦ - كلمة فتح القدير حتى - ٨)

لكن إذا أقيمت البيئة على إقراره في غير مجلس القضاء يخرج من الوكالة حتى لا يؤمر بدفع المال إليه لأنه صار مناقضا وصار كالأب أو الوصي إذا أقر في مجلس القضاء لا يصح ولا يدفع المال إليهما .

بالوكالة كما قالوا كل عقد يضيفه الوكيل إلى نفسه كالبيع والإجارة وغيرهما فحقه تجب على الوكيل دون الموكل مع إطباقهم على أن حكم الوكالة جواز مباشرة الوكيل مافوض إليه . فالتوفيق في ذلك كله أن الوجوب حكم ما بشره ، والجواز حكم أصل الوكالة فلا تغفل (لكن إذا أقيمت البيئة على إقراره) أى على إقرار الوكيل (في غير مجلس القضاء يخرج من الوكالة) هذا استدراك من قوله فيختص به ، وفيه إشارة إلى دفع ما يقال إذا لم يكن الإقرار في غير مجلس القضاء جوابا كان الواجب أن يكون معتبرا ولا يخرج به عن الوكالة ، ومعناه لكن إذا ثبت أنه أقر عند غير القاضي خرج من الوكالة (حتى لا يؤمر) أى لا يؤمر الخصم (بدفع المال إليه) أى إلى الوكيل (لأنه صار مناقضا) في كلامه حيث كذب نفسه بالقول الأول ، والمناقض لدعوى له . قال في الكافي : حتى لا يؤمر بدفع المال إليه لأنه لا يمكن أن يبقى وكيلا بمطلق الجواب لأنه لا يملك الإنكار لأنه يصير مناقضا في كلامه ، فلربى وكيلا ببقى وكيلا بجواب مقيد وهو الإقرار وما وكله بجواب مقيد وإنما وكله بالجواب مطلقا انتهى (وصار) أى صار الوكيل المقر في غير مجلس القضاء (كالأب والوصي إذا أقر) أى أقر واحد منهما (في مجلس القضاء) فإنه لا يصح إقراره ولا يدفع المال إليه ، بيانه أن الأب أو الوصي إذا ادعى شيئا للصغير فأنكر المدعى عليه وصدقه الأب أو الوصي ثم جاء يدعى المال فإن إقرارهما لا يصح (ولا يدفع المال إليهما) لأنهما خرجا من الولاية والوصاية في حق ذلك المال بسبب إقرارهما بما قاله المدعى عليه ، وكذلك هاهنا ، كذا ذكر في أكثر الشروح ، والأحسن ما ذكر في الكفاية من أن الأب والوصي إذا أقرّا على اليتيم في مجلس القضاء أنه استوفى حقه لا يصح إقرارهما عليه ، ولكن لا يدفع المال إليهما لزمعهما بطلان حق الأخذ ، وإنما لا يصح إقرارهما لأن ولايتهما نظرية ولا نظر في الإقرار على الصغير انتهى . واعلم أن حاصل هذه المسئلة أعنى مسئلة التوكيل بالخصومة على خمسة أوجه : الأول أن يوكله بالخصومة ولا يتعرض لشيء آخر ، وفي هذا الوجه يصير وكيلا بالإنكار بالإجماع ويصير وكيلا بالإقرار أيضا عند علمائنا الثلاثة . الثاني أن يوكله بالخصومة غير جائز الإقرار ، وفي هذا الوجه يصير وكيلا بالإنكار ، لأن باستثناء الإقرار تبين أن الوكيل ما يتناول نفس الجواب إنما يتناول جوابا مقيدا بالإنكار ، هكذا ذكر شيخ الإسلام في الأصل ، وذكر الإمام فخر الإسلام البزدوى في شرح الجامع أن هذا الاستثناء على قول أبي يوسف لا يصح ، وعند محمد يصح ، وهكذا ذكر شمس الأئمة السرخسى في شرح وكالة الأصل ، وفي الفتاوى الصغرى أن استثناء الإقرار من الطالب يصح ومن المطلوب لا يصح عند محمد . الثالث أن يوكله بالخصومة غير جائز الإنكار ، وفي هذا الوجه يصير وكيلا بالإقرار ، ويصح الاستثناء في ظاهر الرواية ؛ وعن أبي يوسف لا يصح الاستثناء . الرابع أن يوكله بالخصومة جائز الإقرار عليه وفي هذا الوجه يصير وكيلا بالخصومة والإقرار ، حتى لو أقرّ صح إقراره على الموكل عندنا خلافا للشافعي رحمه الله ، ويجب أن يعلم أن التوكيل بالإقرار صحيح عندنا ، ولا يصير الموكل مقرا بنفس التوكيل عندنا ، ذكر محمد المسئلة في باب الوكالة بالصلح . الخامس أن يوكله بالخصومة غير جائز الإقرار والإنكار ، ولا رواية في هذا الوجه عن أصحابنا ، وقد اختلف المتأخرون فيه : بعضهم قالوا لا يصح هذا التوكيل أصلا لأن التوكيل بالخصومة توكيل بجواب الخصومة ، وجواب الخصومة إقرار وإنكار ، فإذا استثنى كلاهما لم يفوض إليه شيئا . وحكى عن القاضي الإمام صاعدا النيسابورى أنه

ولو قال لأن الواجب عليه إتيانه بالمستحق بدل لأن الظاهر كان أوفى تأدية للمقصود (قوله لكن) استدراك من قوله فيختص به ؛ وفيه إشارة إلى دفع ما يقال إذا كان الإقرار في غير مجلس القضاء ليس بجواب كان الواجب أن لا يكون معتبرا ولا يخرج به عن الوكالة . ومعناه (إذا ثبت أنه أقرّ عند غير القاضي خرج من الوكالة حتى لا يدفع المال إليه لأنه صار مناقضا وصار كالأب أو الوصي إذا أقرّ في مجلس القضاء) فإنهما إذا ادعيا شيئا للصغير فأنكر المدعى عليه وصدقه الأب أو الوصي ثم جاء يدعى المال فإن إقرارهما (لا يصح ولا يدفع المال إليهما) لأنهما خرجا من الولاية والوصاية في حق ذلك المال

قال (ومن كفل بماله عن رجل فوكله صاحب المال بقبضه عن الغريم لم يكن وكيلاً في ذلك أبداً) لأن الوكيل من يعمل لغيره ، ولو صححناها صار عاملاً لنفسه في إبراء ذمته فأنعدم الركن ،

قال : يصح التوكيل ويصير الوكيل وكيلًا بالسكوت متى حضر مجلس الحكم حتى يسمع البيعة عليه ، وإنما يصح التوكيل بهذا القدر لأن ما هو مقصود الطالب وهو الوصول إلى حقه بواسطة إقامة البيعة يحصل به ، كل ذلك من الذخيرة . ثم أعلم أنه لو أقر الوكيل بالخصومة في حد القذف والقصاص لا يصح إقراره ، لأن التوكيل بالخصومة جعل توكيلاً بالجواب مجازاً بالاجتهاد فتمكنت فيه شبهة العدم في إقرار الوكيل فيورث شبهة في درء ما يندري بالشبهات ، كذا في التبيين (قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن كفل بماله عن رجل فوكله صاحب المال بقبضه) أي بقبض المال (عن الغريم لم يكن وكيلاً في ذلك) أي لم يكن الكفيل وكيلًا في قبض المال عن الغريم (أبداً) أي لا بعد براءة الكفيل ولا قبلها ، حتى لو هلك المال في يده لم يهلك على الموكل ، أما بعد البراءة فلائها لما لم تصح حال التوكيل لما سيدكر لم تنقلب صحيحة كمن كفل لغائب فأجازها بعد ما بلغتة فلئها لا تجوز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ، لأنها لم تصح ابتداء لعدم القبول فلا تنقلب صحيحة ، وأما قبل البراءة فلما ذكره بقوله (لأن الوكيل من يعمل لغيره) وهو ظاهر والكفيل ليس من يعمل لغيره فإنه عامل لنفسه في إبراء ذمته (ولو صححناها) أي ولو صححنا الوكالة فيما نحن فيه (صار) أي صار الوكيل (عاملاً لنفسه في إبراء ذمته) لأن قبضه يقوم مقام قبض الموكل وبقبضه تبرأ ذمة الكفيل فكذا بقبض وكيله (فأنعدم الركن) أي ركن الوكالة وهو العمل للغير فأنعدم عقد الوكالة لانعدام ركنه وصار

بسبب إقرارهما بما قاله المدعى عليه فكذلك هاهنا . قال (ومن كفل بماله عن رجل الخ) ومن كفل بماله عن رجل فوكله صاحب المال بقبضه عن الغريم لم يكن وكيلاً في ذلك أبداً لا بعد براءة الكفيل ولا قبلها ، أما بعد البراءة فلائها لما لم تصح حال التوكيل لما سيدكر لم تنقلب صحيحة كمن كفل لغائب فأجازها بعد ما بلغتة فلئها لا تجوز لأنها لم تصح ابتداء لعدم القبول فلا تنقلب صحيحة ، وأما قبل البراءة فلائ الوكيل من يعمل لغيره وهو ظاهر ، والكفيل ليس من يعمل لغيره لكونه عاملاً لنفسه في إبراء ذمته كالحال إذا وكل المحيل بقبض الدين من المحال عليه فإنه لا يصير وكيلًا لما قلنا . ونوقض بتوكيل المديون بإبراء نفسه عما عليه من الدين فإنه صحيح وإن كان عاملاً في ذلك لنفسه ، ذكره في الجامع الصغير . وأجيب بالمنع مستندا إلى ما ذكره شيخ الإسلام رحمه الله أن المديون لا يصلح وكيلًا عن الطالب بإبراء نفسه على خلاف ما ذكر في الجامع . سلمناه لكن الإبراء تمليك بدليل أنه يرتد بالرد وكلامنا في التوكيل بالقبض . واعتراض بأن عمل الوكيل لنفسه ضمنى لكون الموكل أصيلاً في إثبات الوكالة والضمانيات قد لا تعتبر . وأجيب بأننا لانسلم ذلك بل الأصل وقوع التصرف لنفس الفاعل . فإن قيل فلتنسجها الوكالة ، لطريقتها عليها كما لو تأخرت الكفالة عنها فإنها تنسجها . قال المحبوبي رحمه الله في الجامع الصغير : الوكيل بقبض الدين إذا ضمن المال للموكل يصح الضمان وتبطل الوكالة . فالجواب أن الناسخ يجب أن يكون أقوى من المنسوخ أو مثله ، والوكالة دون الكفالة

(قوله لا بعد براءة الكفيل الخ) أقول : بأن أبرأ المكفول له عن الكفالة (قال المصنف : فلأن الوكيل من يعمل لغيره) أقول : ولا واحد من الكفيل من يعمل لغيره فهذا قياس من الشكل الثاني ، أو هو قياس من الشكل الأول على هذه الصورة لو كان الكفيل وكيلًا لصار عاملاً لنفسه ، وكل من صار عاملاً لنفسه فليس بوكيل إذ لا شيء من هو عامل لنفسه بوكيل ، وهذا ألام ببعض عبارته فتأمل (قال المصنف : ولو صححناها صار عاملاً لنفسه الخ) أقول : قال الزيلعي : فإن قيل الدائن إذا وكل المديون بإبراء نفسه عن الدين يصح وإن كان عاملاً لنفسه ساعياً في براءة ذمته . قلنا : ذلك تمليك وليس بتوكيل كما في قوله لامرأته طلق نفسك انتهى . فيه بحث لأنه إن أراد أنه تمليك للدين فنسج لظهور أنه ليس بتمليك ، إلا أن يقال إنه من قبيل المبالغة في التشبيه ، وإن أراد أنه تمليك للإبراء كما في طلق نفسك فإنه تمليك للطلاق فالتمليك أيضا تمليك للتصرف الموكل به كما علم ذلك من الدرس السابق أيضا (قوله ونوقض بتوكيل المديون) أقول : بتوكيل مضاف إلى المقفول أيضا تمليك للإبراء تمليك الخ) أقول : يعنى لانسلم كون الإبراء من جنس الإسقاط بل هو من جنس سائر التمليك كما في قوله طلق نفسك إلا أنه محل تأمل (قوله واعتراض بأن عمل الوكيل الخ) أقول : هذا الاعتراض معارضة (قوله بل الأصل وقوع التصرف لنفس الفاعل) أقول : إذا كان المحل قابلاً له وفيما نحن فيه كذلك لكونه كفيلًا فتأمل (قوله فالجواب أن الناسخ يجب أن يكون الخ) أقول : قال الله تعالى - ما ننسخ من آية أو ننسجها نأت بغير منها أو مثلاً - .

هذا كالمحتال إذا وكل المحيل بقبض الدين من المحتال عليه لا يصير وكيلًا لما قلنا . فإن قيل : يشكل هذا بربّ الدين إذا وكل المديون بإبراء نفسه عما عليه من الدين فإنه يصح نص عليه في الجامع الكبير ، وإن كان المديون في إبراء نفسه ساعيا في فكاك رقبته . قلنا : ذكر شيخ الإسلام في تحليل هذه المسئلة أن المديون لا يصلح وكيلًا عن الطالب بإبراء نفسه على خلاف ما ذكر في الجامع فكان للمنع فيه مجال ، كذا في الفوائد الظهيرية . ولئن سلمنا ذلك فنقول : إن الإبراء تملك بدليل أنه يرتد بالرد ، فلا يرد علينا نقضا لأن كلامنا في التوكيل لا في التملك ، كذا في النهاية وأكثر الشروح . أقول : في الجواب نظر ، أما في المنع فلا نذكر شيخ الإسلام كيف يصلح للمعارضة لما نص عليه محمد في الجامع حتى يكون للمنع فيه مجال ، وأما في التسليمي فلأن النقص ليس بنفس الإبراء بل بالتوكيل بالإبراء ، فما معنى قولهم إن كلامنا في التوكيل لا في التملك على أن المنقوض هاهنا ليس نفس المسئلة بل دليلها المذكور فإنه جار بعينه في صورة توكيل المديون بإبراء نفسه عما عليه من الدين مع تخلف الحكم وهو عدم الصحة هناك فلا فائدة في دفع ذلك للفرق المذكور أصلا كما لا يخفى . اللهم إلا أن يقال : مرادهم أن التوكيل بالإبراء في الصورة المذكورة تملك حقيقة وإن كان توكيلًا صورة ، وكلامنا في التوكيل الحقيقي لا فيما هو توكيل صورة تملك حقيقة ، والدليل المذكور أيضا إنما يجري في التوكيل الحقيقي لأن كون الوكيل عاملا لغيره إنما هو في ذلك ، ويميل إلى هذا توجيه تقرير صاحب الكافي في الجواب عن السؤال المذكور حيث قال : فإن قيل : الدائن إذا وكل المديون بإبراء نفسه عن الدين يصح نص عليه في الجامع ، وإن كان المديون في إبراء نفسه ساعيا في فكاك رقبته . قلنا : إنما يصح ثمة لأنه تملك لا لأنه توكيل كما قوله طلق نفسك انتهى فتأمل . قال صاحب الكفاية بعد نقل السؤال والجواب عن الكافي : قلت لو كان تملكًا لاقتصر على المجلس ولا يقتصر اه . أقول : يمكن أن يعارض هذا بأنه لو لم يكن تملكًا لما ارتد بالرد كما أشير إليه في سائر الشروح حيث قيل : إن الإبراء تملك بدليل أنه يرتد بالرد فتدبر . ثم إن الإمام الزبلي ذكر السؤال المذكور وجوابه في شرح الكنز على نهج ما ذكر في الكافي بنوع تغيير عبارة في السؤال والجواب حيث قال : فإن قيل الدائن إذا وكل المديون بإبراء نفسه عن الدين يصح وإن كان عاملا لنفسه ساعيا في براءة ذمته . قلنا ذلك تملك وليس بتوكيل كما في قوله طلق نفسك اه . واعتراض عليه بعض الفضلاء حيث قال بعد نقل ذلك عنه : فيه بحث ، لأنه إن أراد أنه تملك للدين فممنوع لظهور أنه ليس بتملك ، إلا أن يقال : إنه من قبيل المبالغة في التشبيه ، وإن أراد أنه تملك للإبراء كما في طلق نفسك فإنه تملك للطلاق ، فالتوكيل أيضا تملك للتصرف الموكل به كما علم ذلك من الدرس السابق أيضا اه . أقول : يجوز أن يختار كل واحد من شقّي تردده . أما الأول فلسقوط منع ذلك بإقامة الدليل عليه بأنه لو لم يكن تملكًا للدين بل كان إسقاطًا له لما ارتد بالرد ، فإن الإسقاط يتلاشى لا يرتد بالرد على ما عرف ، وقد أشار إليه الشراح بقولهم : الإبراء تملك بدليل أنه يرتد بالرد . وأما الثاني فلسقوط نقض ذلك بالتوكيل فإن التوكيل على ما مر في صدر كتاب الوكالة إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم فهو إناطة محضة لا تملك شيء أصلا . فقوله بالتوكيل أيضا تملك للتصرف الموكل به كما علم في الدرس السابق أيضا ساقط جدا ، إذ لم يعلم قط لا في الدرس السابق ولا في موضع آخر أن التوكيل تملك شيء ، بل هم مصرحون بكونه مقابلا للتملك في مواضع شتى سيما في باب تفويض الطلاق من كتاب الطلاق . ثم قيل : ينبغي أن تصح وكالة الكفيل في مسئلتنا لأنه عامل لربّ الدين قصدا ، وعمله لنفسه كان واقعا في ضمن عمله لغيره ، والضمنيات قد لا تعتبر . وأجيب بأننا لانسلم ذلك بل العمل لنفسه أصل ، إذ الأصل أن يقع تصرف كل عامل لنفسه لا لغيره . وقيل لما استويا في جهة الأصالة ينبغي أن تبطل الكفالة بالوكالة ، لأن الوكالة كانت طارئة على الكفالة فكانت ناسخة للكفالة ، كما إذا تأخرت الكفالة عن الوكالة فإنها تكون ناسخة للوكالة ، فإن الإمام المحبوبي ذكر في الجامع الصغير أن الوكيل بقبض الدين إذا ضمن المال للموكل يصبح الضمان وتبطل الوكالة . وأجيب بأن الكفالة تصلح ناسخة للوكالة ومبطل لها لا على العكس ، لأن الشيء جاز أن يكون منسوخا بما هو مثله أو فوقه لا بما هو دونه ، والوكالة دون لأن الكفالة عقد لازم لا يمكن الكفيل من عزل نفسه دون الوكالة فلا يجوز أن تكون الوكالة ناسخة للكفالة وإن جاز عكسه

ولأن قبول قوله ملازم للوكالة لكونه أمينا ، ولو صححناها لا يقبل لكونه مبرئا نفسه فينعدم بانعدام لازمه ، وهو نظير عبد مديون أعتقه مولاه حتى ضمن قيمته للغرماء ويطالب العبد بجميع الدين ، فلو وكله الطالب بقبض المال عن العبد كان باطلا لما بيناه . قال (ومن ادعى أنه وكيل الغائب في قبض دينه فصدقه الغريم أمر بتسليم الدين إليه) لأنه لإقراره على نفسه لأن ما يقضيه خالص ماله (فإن حضر الغائب

الكفالة في الرتبة لأن الكفالة عقد لازم لا يتمكن الكفيل من عزل نفسه ، بخلاف الوكالة فلم يجوز أن تكون الوكالة ناسخة للكفالة وإن جاز عكسه (ولأن قبول قوله) أى قبول قول الوكيل (ملازم للوكالة) هذا دليل آخر على المسئلة . تقريره أن الوكالة تستلزم قبول قول الوكيل (لكونه أمينا ، ولو صححناها) أى لو صححنا الوكالة هاهنا (لا يقبل) أى لم يقبل قوله (لكونه مبرئا نفسه) عما لزمه بحكم كفالته فانتفى اللازم وهو قبول قوله (فينعدم) أى التوكيل الذى هو الملزوم (بانعدام لازمه) الذى هو قبول قوله لأن انتفاء اللازم يستلزم انتفاء الملزوم فيلزم عدمه حال فرض وجوده ، وما كان كذلك فهو معدوم (وهو نظير عبد مديون) أى ما ذكر من مسئلتنا نظير مسألة عبد مديون أو بطلان الوكالة فيما نحن فيه نظير بطلانها في عبد مديون . وفي بعض النسخ : ونظيره عبد مديون (أعتقه مولاه حتى ضمن قيمته) أى ضمن المولى قدر قيمة العبد سواء كان موسرا أو معسرا (للغرماء ويطالب العبد بجميع الدين ، فلو وكله الطالب) أى فلو وكل المولى الطالب وهو رب الدين (بقبض المال عن العبد كان باطلا) أى كان التوكيل باطلا (لما بيناه) من أن الوكيل من يعمل لغيره وهاهنا لما كان المولى ضامنا لقيمة العبد كان في مقدارها عاملا لنفسه لأنه يبرئ به نفسه فكان التوكيل باطلا (قال) أى القدورى في مختصره (ومن ادعى أنه وكيل الغائب) أى وكيل فلان الغائب (في قبض دينه فصدقه الغريم) أى المديون (أمر) أى الغريم (بتسليم الدين) وفي بعض النسخ بتسليم المال (إليه) أى إلى مدعى الوكالة (لأنه) أى لأن تصديق الغريم إياه (إقرار على نفسه لأن ما يقضيه خالص ماله) أى لأن ما يقضيه المديون خالص مال المديون ، إذ الديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها كما تقدم وتقرر ، فما أداه المديون مثل مال رب الدين لا عينه ، فكان تصديقه إقرارا على نفسه ، ومن أقر على نفسه بشيء أمر بتسليمه إلى المقر له (فإن حضر الغائب) أى رب الدين

(قوله ولأن قبول قوله) دليل آخر . وتقريره أن الوكالة تستلزم قبول قوله لكونه أمينا ، ولو صححنا الوكالة هاهنا انتفى اللازم وهو قبول قوله لكونه مبرئا نفسه ، وانتفاء اللازم يستلزم انتفاء الملزوم فيلزم عدمه حال فرض وجوده ، وما كان كذلك فهو معدوم ونظير بطلان الوكالة فيما نحن فيه بطلانها في عبد مديون أعتقه مولاه حتى ضمن للغرماء قيمته ويطالب العبد بجميع الدين ، فلو وكله الطالب بقبض دينه من العبد كان التوكيل باطلا لما بيناه أن الوكيل من يعمل لغيره ، وهاهنا لما كان المولى ضامنا لقيمته كان في مقدارها عاملا لنفسه لأنه يبرئ به نفسه فيكون التوكيل باطلا . قال (ومن ادعى أنه وكيل الغائب في قبض دينه الخ) ومن ادعى أنه وكيل فلان الغائب في قبض دينه فصدقه الغريم أمر بتسليم الدين إليه لأنه لأنه أقر على نفسه ، لأن ما يقضيه الغريم خالص حقه لأن الديون تقضى بأمثالها ، فما أداه المديون مثل مال رب المال لا عينه ، وقد تقدم فكان تصديقه إقرارا على نفسه ، ومن أقر على نفسه بشيء أمر بتسليمه إلى المقر له ، فإن حضر الغائب فصدقه فيها وإلا دفع الغريم إليه ثانيا ، لأنه إذا أنكر الوكالة لم يثبت الاستيفاء لأن القول في ذلك قوله لأن الدين كان ثابتا والمديون بدعى أمرا عارضا وهو سقوط الدين بأدائه إلى الوكيل والموكل ينكر الوكالة والقول قول المنكر مع يمينه . وإذا لم يثبت الاستيفاء فسد

(قوله فلا يجوز أن تكون الوكالة ناسخة الخ) أقول : وفي خلاصة شرح القدورى : وإذا ضمن الوكيل بالبيع الثمن عن المبتاع فضائه باطل لأنه أمين فلا يصير ضامنا انتهى ، ففيما ذكره الشارح بحث . (قوله فما أداه المديون مثل مال رب المال لآعينه وقد تقدم) أقول : أى في هذا الباب (قوله لأن القول في ذلك قوله الخ) أقول : قوله القول اسم أن ، وقوله قوله خبر أن .

فصدقه وإلا دفع إليه الغريم الدين ثانياً) لأنه لم يثبت الاستيفاء حيث أنكر الوكالة ، والقول في ذلك قوله مع يمينه فيفسد الأداء (ويرجع به على الوكيل إن كان باقياً في يده) لأن غرضه من الدفع براءة ذمته ولم تحصل فله أن ينقض قبضه (وإن كان) ضاع (في يده لم يرجع عليه) لأنه بتصديقه اعترف أنه محق في القبض وهو مظلوم في هذا الأخذ ، والمظلوم لا يظلم غيره .

(فصدقه) أى صدق الوكيل فيها (وإلا) أى وإن لم يصدقه (دفع إليه) أى إلى رب الدين (الغريم الدين ثانياً لأنه لم يثبت الاستيفاء) أى استيفاء رب الدين حقه (حيث أنكر الوكالة ، والقول في ذلك قوله) أى القول في إنكار الوكالة قول رب الدين (مع يمينه) لأن الدين كان ثابتاً والمديون يدعى أمراً عارضاً وهوسقوط الدين بأدائه إلى الوكيل ورب الدين ينكر الوكالة والقول قول المنكر مع يمينه ، وإذا لم يثبت الاستيفاء (فيفسد الأداء) أى يفسد الأداء إلى مدعى الوكالة ؛ وأداء الدين واجب على المديون فيجب الدفع ثانياً إلى رب الدين (ويرجع به) أى ويرجع المديون بما دفعه أولاً (على الوكيل) أى على مدعى الوكالة (إن كان باقياً في يده) أى إن كان ما دفعه إلى الوكيل باقياً في يده (لأن غرضه) أى غرض المديون (من الدفع) أى من الدفع إلى الوكيل (براءة ذمته) من الدين (ولم تحصل) أى لم تحصل البراءة (فله أن ينقض قبضه) أى فللمديون أن ينقض قبض الوكيل (وإن كان ضاع) أى إن كان ما دفعه إلى الوكيل ضاع (في يده لم يرجع) أى المديون (عليه) أى على الوكيل (لأنه) أى المديون (بتصديقه) أى بتصديق الوكيل (اعترف أنه) أى الوكيل (محق في القبض) والمحق في القبض لارجوع عليه (وهو) أى المديون (مظلوم في هذا الأخذ) أى في الأخذ الثاني ، وهذه الجملة أعنى قوله وهو مظلوم في هذا الأخذ معطوف على ما في حيز أن في قوله اعترف أنه محق في القبض ؛ فالمتعنى أن المديون بتصديق الوكيل اعترف أيضاً أنه زعم أنه مظلوم في هذا الأخذ الثاني (والمظلوم لا يظلم غيره) فلا يأخذ المديون من الوكيل بعد الإهلاك . قال صاحب العناية : فإن قيل : هذا الوجه يقتضى أن لا يرجع عليه إذا كانت العين في يده باقية أيضاً . فالجواب أن العين إذا كانت باقية أمكن نقض القبض فيرجع بنقضه إذا لم يحصل غرضه من التسليم ، وأما إذا هلك فلم يمكن نقضه فلم يرجع عليه انتهى . أقول : لقائل أن يقول : إن الحق في القبض كما لا يرجع عليه ابتداء لا يتيسر نقض قبضه أيضاً بلا رضاه فكيف يرجع بنقضه وإن المظلوم كما لا يجوز له أن يظلم غيره ابتداء كذلك لا يجوز له أن يتوسل إليه بوسيلة كتنقض القبض هاهنا فلا يتم الجواب المذكور . فالجواب الواضح أن الوكيل وإن كان محققاً في القبض على زعم المديون إلا أن قبضه لم يكن لنفسه أصالة ، بل كان لأجل الإيصال إلى موكله بطريق النيابة ، فلم يكن ما قبضه ملك نفسه ، فإذا أخذ الدائن من المديون ثانياً ولو كان ظلماً في زعم المديون لم يبق للوكيل حق إيصال ما قبضه إلى الموكل لوصول حق الموكل إلى نفسه من الغريم ، فإن كان عين ما قبضه الوكيل باقياً في يده لم يكن رجوع المديون عليه ظلماً له أصلاً لأن ما قبضه لم يكن ملك نفسه بل كان مقبوضاً لأجل الإيصال إلى موكله ؛ وإذا لم يبق له حق الإيصال إلى الموكل فللمديون نقض قبضه بعد ذلك لعدم حصول غرضه من الدفع إليه ، بخلاف ما إذا كان عين ما قبضه هالكة ، فإن ما قبضه وإن لم يكن ملك نفسه إلا أن يده كانت يد أمانة على زعم المديون حيث صدقه في الوكالة ، وتضمن الأمين ظلم لا يخفى . ثم إن الإمام الزيلعي قال في التبيين : ويرد على هذا ما لو كان لرجل ألف درهم مثلاً وله ألف آخر دين على رجل فمات وترك ابنين فاقسما

الأداء وهو واجب على المديون فيجب الدفع ثانياً ويرجع به على الوكيل إن كان باقياً في يده ، لأن غرضه من الدفع براءة ذمته ولم تحصل له فله أن ينقض ، وإن ضاع في يده لم يرجع عليه لأنه بتصديقه اعترف أن الوكيل محق في القبض والحق في القبض لارجوع عليه ، ولأنه بتصديقه اعترف أنه مظلوم في هذا الأخذ : يعنى الأخذ الثاني ، والمظلوم لا يظلم غيره . فإن قيل : هذا الوجه يقتضى أن لا يرجع عليه إذا كانت العين في يده باقية أيضاً . فالجواب أن العين إذا كانت باقية أمكن نقض القبض فيرجع

(قوله والمظلوم لا يظلم غيره) أقول : متمسكاً بأنه ظلم (قوله فإن قيل هذا الوجه الخ) أقول : أنت خير بأن الظلم في التضمن بعد الإهلاك في يده لا في الاسترداد حال قيامه إذ لا ملك ولا حق للوكيل ، ولعل ما ذكره الشارح إلى هذا .

قال (إلا أن يكون ضمنه عند الدفع) لأن المأخوذ ثانيا مضمون عليه في زعمهما ، وهذه كفالة أضيفت إلى حالة القبض فتصبح بمنزلة الكفالة بما ذاب له على فلان ، ولو كان الغريم لم يصدقه على الوكالة ودفعه إليه على ادعائه ، فإن رجع صاحب المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل لأنه لم يصدقه على الوكالة ، وإنما دفعه إليه على رجاء الإجازة ، فإذا انقطع رجاءه رجع عليه ، وكذا إذا دفعه إليه

الألف العين نصفين فادعى الذى عليه الدين أن الميت استوفى منه الألف حال حياته فصدقه أحدهما وكذبه الآخر فالمكذب يرجع عليه بخمسائة ويرجع بها الغريم على المصدق وهو في زعمه أن المكذب ظلمه في الرجوع عليه فظلم هو المصدق بالرجوع بما أخذ المكذب . وذكر في الأمالي أنه لا يرجع ، لأن الغريم زعم أنه برئ عن جميع الألف ، إلا أن الابن الواحد ظلمه ، ومن ظلم ليس له أن يظلم غيره ، وما أخذه الواحد دين على الواحد ودين الوارث لا يقضى من التركة . وجه الظاهر أن المصدق أقر على أبيه بالدين ، لأن الإقرار بالاستيفاء إقرار بالدين ، لأن الديون تقضى بأمثالها فإذا كذبه الآخر وأخذ منه خمسمائة لم تسلم له البراءة إلا عن خمسمائة فبقيت خمسمائة ديناً على الميت فيرجع بها على المصدق فيأخذ ما أصابه بالإرث حتى يستوفى ، لأن الدين مقدم على الإرث ، إلى هنا كلامه فتأمل (قال) أى المصنف في البداية (إلا أن يكون ضمنه عند الدفع) هذا استثناء من قوله لم يرجع عليه : يعنى إذا ضاع في يده لم يرجع عليه ، إلا أن يكون ضمنه عند الدفع ، وهذا اللفظ مروى بالتشديد والتخفيف ، ففي التشديد كان الضمير المستكن في ضمنه مسنداً إلى المديون والضمير البارز راجعاً إلى الوكيل ، وفي التخفيف على العكس ، فإن معنى التشديد هو أن يجعل المديون الوكيل ضامناً عند دفع المال إلى الوكيل بأن يقول له اضمن لى مادفعته إليك عن الطالب ، حتى لو أخذ الطالب منى ماله أخذ منك مادفعته إليك ، ومعنى التخفيف هو أن يقول الوكيل للمديون أنا ضامن لك إن أخذ منك الطالب ثانياً فأنا أرد عليك ما قبضته منك . وعلى كلا التقديرين يرجع المديون على الوكيل (لأن المأخوذ) منه (ثانياً مضمون عليه) أى على رب الدين (في زعمهما) أى في زعم الوكيل والمديون ، لأن رب الدين في حقهما غاصب فيما يقبضه ثانياً (وهذه) أى هذه الكفالة (كفالة أضيفت إلى حالة القبض) أى إلى حالة قبض رب الدين ثانياً (فتصح هذه الكفالة لإضافتها إلى سبب الوجوب وهو قبض رب الدين فصارت بمنزلة الكفالة بما ذاب له على فلان) أى بما ينوب : أى يجب له عليه ، وهذا ماضٍ أريد به المستقبل ، وقد مر تقريره في كتاب الكفالة ، فوجه المشابهة بين المسئلتين كون كل واحدة منهما كفالة أضيفت إلى حال وجوب في المستقبل على المكفول عنه (ولو كان الغريم لم يصدقه) أى لم يصدق الوكيل (على الوكالة) يعنى ولم يكذبه أيضاً بل كان ساكتاً ، لأن فرع التكذيب سبأى عقيب هذا (ودفعه إليه) أى دفع المال إلى الوكيل (على ادعائه) أى بناء على مجرد دعوى الوكيل (فإن رجع صاحب المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل لأنه) أى الغريم (لم يصدقه) أى الوكيل (على الوكالة ، وإنما دفعه إليه على رجاء الإجازة) أى على رجاء أن يجيزه صاحب المال (فإذا انقطع رجاءه) أى رجاء الغريم برجوع صاحب المال عليه (رجع عليه) أى رجع الغريم أيضاً على الوكيل (وكذا إذا دفعه إليه)

بنقضه إذا لم يحصل غرضه من التسليم ، وأما إذا هلك فلم يمكن نقضه فلم يرجع عليه (قوله إلا أن يكون) استثناء من قوله لم يرجع عليه يعنى إذا ضاع في يده ولم يرجع عليه إلا إذا كان ضمن المديون الوكيل على رواية التشديد بأن قال له اضمن لى مادفعت إليك عن الطالب حتى لو أخذ الطالب منى ماله أرجع عليك بما دفعته إليك أو ضمن الوكيل للمديون وقال أنا ضامن لك إن أخذ منك الطالب ثانياً أرد عليك ما قبضته منك على رواية التخفيف فإنه يرجع على الوكيل حينئذ ، لأن المأخوذ ثانياً مضمون على رب الدين في زعم الوكيل والمديون لأنه غاصب في حقهما فيما يقبضه ثانياً فكأنه قال : أنا ضامن لك ما يقبضه منك فلان ، وهو ضامن صحيح لإضافته إلى سبب الوجوب ، وهو قبض رب الدين بمنزلة الكفالة بما ذاب عليه : أى يذوب في كون كل واحد منهما كفالة أضيفت إلى حال وجوب في المستقبل على المكفول عنه (ولو كان الغريم لم يصدقه على الوكالة) يعنى ولم يكذبه أيضاً لأن فرع التكذيب سبأى عقيب هذا (ودفعه إليه على ادعائه) فإن رجع صاحب المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل لأنه لم يصدقه على الوكالة ، وإنما دفعه إليه على رجاء الإجازة ، فإذا انقطع رجاءه رجع عليه ، وكذا إذا دفعه إليه

على تكذيبه إياه في الوكالة ، وهذا أظهر لما قلنا ، وفي الوجوه كلها ليس له أن يسترد المدفوع حتى يحضر الغائب لأن المؤدى صار حقا للغائب ، إما ظاهرا أو محتملا فصار كما إذا دفعه إلى فضولى على رجاء الإجازة لم يملك الاسترداد لاحتمال الإجازة ، ولأن من باشر التصرف لغرض ليس له أن ينقضه ما لم يقع اليأس عن غرضه .

أى وكذا الحكم إذا دفع الغريم المال إلى الوكيل (على تكذيبه) أى على تكذيب الغريم (إياه) أى الوكيل (في الوكالة) أى فى دعوى الوكالة (وهذا) أى جواز رجوع المدين على الوكيل فى صورة التكذيب (أظهر) أى أظهر من جواز رجوعه عليه فى الصورتين الأوليين وهما صورة التصديق مع التضمنين وصورة السكوت . لأنه لما رجع عليه فى تينك الصورتين مع أنه لم يكذبه فيهما فلأن يرجع عليه فى هذه الصورة وقد كذبه فيها أولى بالطريق لأنه إذا كذبه صار الوكيل فى حقه بمنزلة الغاصب والمغصوب منه حتى الرجوع به على الغاصب قطعاً (لما قلنا) إشارة إلى قوله وإنما دفع إليه على رجاء الإجازة لكنه دليل الرجوع لا دليل الأظهرية كما لا يخفى (وفى الوجوه كلها) يعنى الوجوه الأربعة المذكورة وهى دفعه مع التصديق من غير تضمين . ودفعه بالتصديق مع التضمنين ، ودفعه ساكتاً من غير تصديق ولا تكذيب ، ودفعه مع التكذيب (ليس له) أى ليس للغريم (أن يسترد المدفوع حتى يحضر الغائب ، لأن المؤدى صار حقا للغائب ، إما ظاهرا) وهو فى حالة التصديق (أو محتملا) وهو فى حالة التكذيب ، كذا فى عامة الشروح . أقول : الحق فى بيان قوله أو محتملا أن يقال وهو فى حالة التكذيب وحالة السكوت لينتاول كلامه الوجوه المذكورة كلها . وقيل ظاهرا إن كان الوكيل ظاهر العدالة ، أو محتملا إن كان فاسقا أو مستور الحال (فصار) أى صار الحكم فى الوجوه كلها (كما إذا دفعه) أى كما إذا دفع الغريم المال (إلى فضولى على رجاء الإجازة) من صاحب المال فإن الدافع هناك (لم يملك الاسترداد لاحتمال الإجازة) فكذا هاهنا (ولأن من باشر التصرف لغرض) عطف على قوله لأن المؤدى صار حقا للغائب (ليس له أن ينقضه ما لم يقع اليأس عن غرضه) أى عن حصول غرضه لأن سعى الإنسان فى نقض ما تم من جهته مردود كما إذا كان الشفيع وكيل المشتري ليس له الشفعة لأنه لو كان له الشفعة كان سعيه فى نقض ما تم من جهته وهو البيع ، ولم يذكر المصنف أن الغريم إذا أنكر الوكالة هل يحلف أولا ؟ قال الخصاص : لا يحلف على قول أبى حنيفة ، ويحلف على قولهما لأنه ادعى عليه ما لو أقر به لزمه فإذا أنكره يحلف ، لكنه على العلم لأنه على فعل الغير .

مكذبا له فى (دعوى (الوكالة ، وهذا) أى جواز الرجوع فى صورة التكذيب (أظهر) منه فى الصورتين الأوليين وهو التصديق مع التضمنين والسكوت ، لأنه إذا كذبه صار الوكيل فى حقه بمنزلة الغاصب والمغصوب منه حتى الرجوع على الغاصب . وقوله (لما قلنا) إشارة إلى قوله وإنما دفعه إليه على رجاء الإجازة ، لكنه دليل الرجوع لا دليل الأظهرية (وفى الوجوه كلها) أى الأربعة المذكورة دفعه مع التصديق من غير تضمين ، ودفعه بالتصديق مع التضمنين ، ودفعه ساكتاً من غير تصديق ولا تكذيب ، ودفعه مع التكذيب (ليس للغريم أن يسترد المدفوع حتى يحضر الغائب ، لأن المؤدى صار حقا للغائب ، إما ظاهرا) وهو فى حالة التصديق (أو محتملا) وهو فى حالة التكذيب . وقيل ظاهرا إن كان الوكيل ظاهر العدالة ، أو محتملا إن كان فاسقا أو مستور الحال (فصار كما إذا دفعه إلى فضولى على رجاء الإجازة) فإنه (لم يملك الاسترداد لاحتمال الإجازة ، ولأن من باشر تصرفا لغرض ليس له أن ينقضه ما لم يقع اليأس عن حصول غرضه) لأن سعى الإنسان فى نقض ما تم من جهته مردود ، وقد تقدم . ولم يذكر المصنف رحمه الله أن الغريم إذا أنكر الوكالة هل يستحلف أو لا . قال الخصاص رحمه الله : لا يحلف على قول أبى حنيفة رحمه الله ويحلف على قولهما لأنه ادعى عليه ما لو أقر به لزمه فإذا أنكره يحلف لكنه على العلم لأنه على فعل الغير . وله أن الاستحلاف يبنى على دعوى صحيحة ، وما لم تثبت نيابته عن الأمر لم تصح دعواه فلا يستحلف ، وكذا لم يذكر ما إذا أقر بالوكالة وأنكر الدين ، والحكم على هكس ذلك يستحلف عنده بخلافهما بناء على أن الوكيل يقبض الدين يملك الخصومة

(قوله إما ظاهرا وهو فى حالة التصديق أو محتملا وهو فى حالة التكذيب) أقول : وفى حالة السكوت .

(ومن قال إني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالتسليم إليه لأنه أقر له بمال الغير ، بخلاف الدين ؛ ولو ادعى أنه مات أبوه وترك الوديعة ميراثا له ولا وارث له

وله أن الاستحلاف ينبغي على دعوى صحيحة ، وما لم تثبت نيابته عن الأمر لم تصح دعواه فلا يستحلف ، وكذا لم يذكر ما إذا أقر بالوكالة وأنكر الدين ، والحكم فيه على عكس ذلك يستحلف عنده خلافا لهما بناء على أن الوكيل بقبض الدين يملك الخصومة عنده ، وقد تثبت الوكالة في حقه بإقراره ، كذا في العناية أخذنا من النهاية . وذكر في الكافي أنه إن دفع الغريم المال إلى الوكيل ثم أقام البينة على أنه ليس بوكيل أو أقام البينة على إقراره أن الطالب ما وكله لا تقبل ، ولو أراد أن يستحلفه على ذلك لا يحلف عليه لأن كل ذلك ينبغي على دعوى صحيحة ولم توجد لكونه ساعيا في نقض ما أوجبه للغائب ؛ فإن أقام الغريم البينة على أن الطالب جحد الوكالة وقبض المال مني تقبل لأنه يثبت لنفسه حق الرجوع على الوكيل بناء على إثبات سبب انقطاع حق الطالب عن المدفوع وهو قبضه المال بنفسه ، فانتصب الحاضر خصما عن الغائب في إثبات السبب فيثبت قبض الموكل فينتقض قبض الوكيل ضرورة ، وجاز أن يثبت الشيء ضمنا وضرورة ولا يثبت مقصودا هـ (ومن قال إني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالتسليم إليه) هذا لفظ القدوري في مختصره ، علله المصنف بقوله (لأنه) أى المودع بفتح الدال (أقر له) أى للوكيل (بمال الغير) وهو المودع بكسر الدال ، فإنه أقر ببقاء الوديعة على ملك المودع ، والإقرار بمال الغير بحق القبض غير صحيح (بخلاف الدين) حيث يؤمر المديون بالتسليم إلى الوكيل الذي صدقه في وكالته على مامر ، فإن الديون تقضى بأمثالها فكان إقرار المديون إقرارا على نفسه بحق المطالبة والقبض ، كذا ذكره الإمام قاضيخان . ثم إن الوجوه الأربعة المذكورة في الوكيل بقبض الدين واردة في الوكيل بقبض الوديعة أيضا ؛ فإنه قال في المبسوط : وإذا قبض رجل وديعة رجل فقال رب الوديعة ما وكلتك وحلف على ذلك وضمن ماله المستودع رجع المستودع بالمال على القابض إن كان عنده بعينه لأنه ملكه بأداء الضمان ، وإن قال هلك مني أو دفعته إلى الموكل فهو على التفصيل الذي قلنا إن صدقه المستودع في الوكالة لم يرجع عليه بشيء ، وإن كذبه أو لم يصدقه ولم يكذبه أو صدقه وضمنه كان له أن يضممه لما قلنا هـ . وذكر في الفوائد الظهيرية في فصل الوديعة إذا لم يؤمر بالتسليم ، ومع هذا سلم ثم أراد الاسترداد هل له ذلك ؟ ذكر شيخ الإسلام علاء الدين في شرح الجامع الصغير أنه لا يملك الاسترداد لأنه ساع في نقض ما أوجبه . وقال أيضا : وإذا لم يؤمر المودع بالتسليم ولم يسلم حتى ضاعت في يده هل يضمن ؟ قيل لا يضمن ، وكان ينبغي أن يضمن لأن المنع من وكيل المودع في زعمه بمنزلة المنع من المودع ، والمنع من المودع يوجب الضمان فكذا من وكيله هـ (ولو ادعى) أى ولو ادعى أحد ، وفي بعض النسخ : فلو ادعى ذكر المصنف هذه المسئلة تفريعا على مسئلة القدوري (أنه) الضمير للشأن (مات أبوه) أى أبو المدعى (وترك الوديعة ميراثا له) أى للمدعى (ولا وارث له) أى للميت

عنده وقد تثبت الوكالة في حقه بإقراره (ومن قال إني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع إليه لأنه إقرار بمال الغير) بحق القبض فإنه أقر ببقاء الوديعة على ملك المودع ، والإقرار بمال الغير بحق القبض غير صحيح (بخلاف الدين) على مامر أن الديون تقضى بأمثالها فكان إقراره إقرارا على نفسه بحق المطالبة ، فإن دفعها إليه فحضر الغائب وأنكر الوكالة وحلف على ذلك وضمن المودع فهل للمستودع الرجوع أولا ، فهو على الوجوه المذكورة إن دفعها إليه مصدقا لا يرجع وإن صدقه وضمنه أو سكت أو كذبه فدفعها إليه يرجع إن لم تكن العين في يده باقية وإن كانت باقية أخذها لأنه ملكها بالضمان ، وأما الاسترداد قبل حضور الغائب فغير جائز لما مر (ولو ادعى أنه مات أبوه وترك الوديعة ميراثا له ولا وارث له

(قوله فإن دفعها إليه فحضر الغائب) أقول : يعنى إن دفع الوديعة الخ (قوله إن لم تكن العين الخ) أقول : قوله إن لم تكن ناظر إلى قوله لا يرجع وإلى قوله يرجع معا (قوله وأما الاسترداد ، إلى قوله : لما مر) أقول : فيه بحث مذكور وجهه في شرح الكنز للزيلعي في فصل القضاء بالمواريث فراجعه .

غيره ، وصدقه المودع أمر بالدفع إليه لأنه لا يبق ماله بعد موته ،

(غيره) أى غير المدعى (وصدقه المودع أمر بالدفع إليه) أى أمر المودع بدفع الوديعة إلى ذلك المدعى . أقول : من العجائب هاهنا أن الشارح العيني قال فى تفسير هذه المسئلة : أى فلوداعى من قال إني وكيل أنه أى إن فلانا مات أبوه الخ . ولا يخفى على من له أدنى مسكة أن هذه المسئلة مسئلة الوراثه ذكرت تفريعا على مسئلة الوكالة لبيان الاختلاف بينهما فى الحكم ، وأنه لا مجال لأن يكون الضمير المستكن فى ولو ادعى أو فلوداعى راجعا إلى من قال إني وكيل ، لأن المودع لا يؤمر بالتسليم إلى مدعى الوكالة أصلا . قال المصنف فى تعليل هاتيك المسئلة (لأنه) أى لأن مال الوديعة (لا يبق ماله) أى لا يبق مال المودع (بعد موته) أى بعد موت المودع . قال صاحب النهاية : ماله بالنصب ، وقال هكذا كان معربا بإعراب شيخى : أى لا يبق مال الوديعة مال المودع بعد موته : أى منسوباً إليه ومملوكاً له ، فكان انتصابه على تأويل الحال كما فى كلمته فاه إلى فى : أى مشافهاه . وقال صاحب معراج الدرر بعد نقل ما فى النهاية بعينه : ويجوز الرفع . وقال صاحب غاية البيان : قوله لا يبق ماله بالنصب على أنه حال كما فى قوله كلمته فاه إلى فى : يعنى لا يبق مال الوديعة مال أبيه بعد موت أبيه اه . وقال صاحب العناية : وروى صاحب النهاية عن خط شيخه نصب ماله ووجهه بكونه حالا كما فى كلمته فاه إلى فى : أى مشافهاه ، ومعناه لا يبق مال الوديعة مال المودع بعد موته منسوباً إليه ومملوكاً له وتبعه غيره من الشارحين . وأرى أنه ضعيف لأن الحال مقيد للعامل ، فكلمته يجوز أن يكون مقيدا بالمشافهة : أى كلمته فى حال المشافهة . وأما قوله لا يبق مال الوديعة حال كونه مالا مملوكاً له منسوباً إليه فليس له معنى ظاهر ، وإظهاره فى إعرابه الرفع على أنه فاعل لا يبق : أى لأن المودع لا يبق ماله بعد موته لانتقاله إلى الوارث اه كلامه . أقول : فيه نظر . أما أولا فلأنه قد تقرر فى علم البلاغة أنه يجوز فى أمثال هذا التركيب أن يعتبر القيد أولا فيقول المعنى إلى ننى القيد ، وإن يعتبر الننى أولا فيقول المعنى إلى تقيد الننى ويتعين كل واحد من الاعتبارين بقرينة تشهد له ، فإن أراد بقوله وأما قوله لا يبق مال المودع حال كونه مالا مملوكاً له منسوباً إليه فليس له معنى ظاهر أنه ليس له معنى ظاهر على الاعتبار الأول فمنوع ، إذ لا يخفى أن ننى بقاء مملوكية مال الوديعة للمودع وانتسابه إليه بعد موته معنى ظاهر مقبول ، وإن أراد بذلك أنه ليس له معنى ظاهر على الاعتبار الثانى فليس ، لكن المراد هاهنا هو الاعتبار الأول كما لا يخفى . وأما ثانيا فلأنه على تقدير رفع ماله على أنه فاعل لا يبق يعنى المعنى لا يبق عين ماله بعد موته ، وليس هذا بمعنى صحيح إذ المال باق بعينه بعد موته وإنما المنتفى بعد موته مملوكيته وانتسابه إليه ، وذلك من أوصاف المال وأحواله يفهم من النصب على الحالية ، ولا يفهم من الرفع على الفاعلية ، اللهم إلا أن يدعى أنه يؤخذ من إضافة المال إلى الضمير الراجع إلى المودع لكنه بعيد جدا ، فالظاهر فى إفادة المعنى المقصود هو النصب كما لا يخفى . ثم إن الشارح العيني قد زاد فى الطنبور نعمة حيث قال بعد نقل ما فى النهاية وما فى العناية : والصواب هو الرفع على ما قاله الأكل ، وقد فاتته شىء آخر ، وهو أن من شرط الحال أن تكون من المشتقات والمال ليس منها ، إلا أنه يجوز بالتأويل . ولو قال صاحب النهاية ومن تبعه فى أنه نصب على الحال إنه حال على تأويل متمولا : أى لا يبق الميت بعد موته متمولا

غيره وصدقه المودع أمر بالدفع إليه لأنه لا يبق) أى لأن مال الوديعة لا يبق (مال المودع بعد موته) وروى صاحب النهاية عن خط شيخه رحمه الله نصب ماله ووجهه بكونه حالا كما فى كلمته فاه إلى فى : أى مشافهاه ، ومعناه لا يبق مال الوديعة مال المودع بعد موته منسوباً إليه ومملوكاً له وتبعه غيره من الشارحين ، وأرى أنه ضعيف لأن الحال مقيد للعامل ، فكلمته يجوز أن يكون مقيدا بالمشافهة : أى كلمته فى حال المشافهة . وأما قوله لا يبق مال الوديعة حال كونه مالا مملوكاً له منسوباً إليه فليس له معنى ظاهر ، والظاهر فى إعرابه الرفع على أنه فاعل لا يبق : أى لأن المودع لا يبق ماله بعد موته لانتقاله إلى الوارث ،

(قوله وأما قوله لا يبق إلى قوله والظاهر فى إعرابه الرفع) أقول : فيه بحث ، فإن استقامة المعنى مما لا يمكن إنكاره ، والننى متوجه إلى القيد على ناهو الأصل ، بل من رفع لا يستغنى عن ملاحظة ذلك المعنى أيضا لظهور أن المال عينه باق وغير الباقي منسوبته إليه وتلك من أحوال ذلك المال (قوله أى لأن المودع الخ) أقول : أو لأن الشأن .

فقد اتفقا على أنه مال الوارث . ولو ادعى أنه اشترى الوديعة من صاحبها فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع إليه لأنه مادام حيا كان إقرارا بملك الغير لأنه من أهله فلا يصدقان في دعوى البيع عليه . قال (فإن وكل وكيلا يقبض ماله فادعى الغريم أن صاحب المال قد استوفاه فإنه

لكان أوجه اه . أقول : ليس ما زاده بشيء ، أما قوله إن من شرط الحال أن تكون من المشتقات فمنوع ؛ ألا يرى إلى قول ابن الحاجب . وكل مادل على هيئة صح أن يقع حالا مثل هذا بسر أطيب منه رطباً . ولئن سلم ذلك بناء على قول جمهور النحاة فجواز كون غير المشتق حالا بالتأويل بالمشتق مما لم ينكره أحد من النحاة ، وقد اعترف به نفسه أيضاً حيث قال : إلا أنه يجوز بالتأويل ، وقد بين صاحب النهاية التأويل هاهنا حيث قال منسوباً إليه مملوكاً له ، فبعد ذلك كان القدر فيه باشتراط كون الحال من المشتقات لغوا من الكلام . وأما قوله ولو قال صاحب النهاية ومن تبعه في أنه نصب على الحال إنه حال على تأويل متمملاً : أى لا يبقى الميت بعد موته متمملاً لكن أوجه فما لا ينبغي أن يتفوه به العاقل لأن المتمم لا إنما هو المالك لا المال قطعاً فكيف يتصور تأويل المال بما لا يصح حمله عليه وجعله صفة له : بل على تقدير إرجاع ضمير لا يبقى إلى الميت لا يبقى له ارتباط بالمقام كما لا يخفى على ذوى الأفهام (فقد اتفقا) أى مدعى الوراثة والمودع . وقال العيني : أى الذى ادعى الوكالة والمودع . أقول : هذا بناء على ضلاله السابق وقد عرفت حاله (على أنه) متعلق بانفقا : أى فقد اتفقا على أن مال الوديعة (مال الوارث) فلا بد من الدفع إليه قال صاحب التسهيل : أقول فيه إقرار على الغير بالموت فينبغى أن لا يؤمر بالدفع حتى يثبت موته عند القاضى انتهى فتأمل (ولو ادعى) أى زلو ادعى أحد (أنه اشترى الوديعة من صاحبها فصدقه المودع لم يؤمر) أى لم يؤمر المودع (بالدفع إليه) أى إلى مدعى الشراء ، وهذه المسئلة أيضاً ذكرها المصنف تفريعاً على مسئلة القدورى ولهذا لم يذكرها في البداية ، وقال في تعليلها (لأنه) أى لأن صاحب الوديعة (مادام حيا كان إقراراً بملك الغير : أى كان إقرار المودع للمدعى الشراء إقراراً بملك الغير وهو صاحب الوديعة (لأنه) أى الحى (من أهله) أى من أهل الملك (فلا يصدقان) أى مدعى الشراء والمودع المصدق إياه (في دعوى البيع عليه) أى على صاحب الوديعة ، قال صاحب العناية : ولقائل أن يقول : قد تقدم هاتان المسئلتان في فصل القضاء بالمواريث فكان ذكرهما تكراراً . ويمكن أن يجاب عنه بأنه ذكرهما هناك باعتبار القضاء وهاتان باعتبار الدعوى ، ولهذا صدرهما هاهنا بقوله ولو ادعى وهناك بقوله ومن أقر ، ومع هذا فلا يخلو عن ضعف لأن إيرادهما في باب الوكالة بالحبسومة والقبض بعيد المناسبة إلى هاهنا كلامه . أقول : تضعيفه ساقط لأن ذكر المسئلة المتقدمة عليهما وهى مسئلة ادعاء الوكالة بقبض الوديعة اقتضى ذكرهما عقبيها ، لأن ذكرهما لما أوقع في ذهن السامع أن الحكم فيها أيضاً كالحكم فيها أم لا ذكرهما المصنف عقبيها في بابها على سبيل التفريع عليها لإزالة للاشتباه ببيان الفرق بينها وبين إحداهما وبيان الاشتراك في الحكم مع الأخرى فكان إيرادهما في هذا الباب قريب المناسبة (قال) أى محمد في بيع الجامع الصغير (فإن وكل وكيلا يقبض ماله) أى إن وكل رجل وكيلا يقبض مال له على غريمه (فادعى الغريم أن صاحب المال قد استوفاه فإنه) أى فإن الغريم

(فقد اتفقا على أنه مال الوارث) فلا بد من الدفع إليه (ولو ادعى أنه اشترى الوديعة من صاحبها فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع إليه ، لأن المودع مادام حيا كان إقرار المودع) إقراراً (بملك الغير لكونه من أهل الملك فلا يصدقان في دعوى البيع عليه) ولقائل أن يقول : قد تقدم هاتان المسئلتان في فصل القضاء بالمواريث فكان ذكرهما تكراراً . ويمكن أن يجاب عنه بأنه ذكرهما هناك باعتبار القضاء ، وهاتان باعتبار الدعوى ، ولهذا صدرهما هاهنا بقوله ولو ادعى ، وهناك بقوله ومن أقر ، ومع هذا فلا يخلو عن ضعف لأن إيرادهما في باب الوكالة بالحبسومة والقبض بعيد المناسبة . قال (فإن وكل وكيلا يقبض ماله) ذكر في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل له على الرجل مال فوكل وكيلا بذلك المال وأقام الوكيل البيعة (قوله فكان ذكرهما تكراراً) أقول : والأول أن يقال ذكرهما استطراداً تفريعاً على مسئلة القدورى ولهذا لم يذكرهما في البداية فليتأمل (قوله ومن أقر) أقول : أى بمناه .

يدفع المال إليه) لأن الوكالة قد ثبتت والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه فلا يؤخر الحق . قال (ويتبع رب المال فيستحلفه)

(يدفع المال إليه) أى يؤمر بدفع المال إلى الوكيل . قال المصنف فى تعليقه (لأن الوكالة قد ثبتت والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه) أى بمجرد دعوى الغريم بلا حجة (فلا يؤخر الحق) أى حق القبض إلى تحليف رب الدين . قال صاحب النهاية : فإن قيل : لانسلم أن الوكالة قد ثبتت فبأى دليل يعلم ثبوت الوكالة ؟ ولوقيل بسبب ادعاء المدينون أن صاحب المال قد استوفاه فذلك لا يصلح دليلا على صحة ثبوت الوكالة . بل هو دليل على عدم صحة الوكالة . لأن الدين إذا كان مستوفى من جانب من له الحق كان التوكيل بالاستيفاء باطلا لا محالة فكيف تثبت الوكالة بهذه الدعوى ؟ قلنا : لما ادعى الغريم استيفاء رب الدين دينه كان هو معترفا بأصل الحق ؛ ألا يرى أن قول المدعى عليه قد قضيتكها إقرار بالدين عند دعوى المدعى ذلك ، فلما ثبت الدين بإقراره ولم ينكر الوكالة كان للوكيل ولاية الطلب فيقضى عليه بالإيفاء ، كما لو ادعى استيفاء رب الدين عند دعواه بنفسه كان يقضى عليه بالإيفاء ، فكذا عند دعوى وكيله لأن الوكيل قائم مقام الموكل اه . أقول : جوابه منظوره فيه ، إذ لا كلام فى أن ادعاء الغريم استيفاء رب الدين دينه يتضمن الاعتراف بأصل الحق ، وإنما الكلام فى أن الوكالة بأى دليل ثبتت ، وبمجرد عدم إنكار الوكالة لا يقتضى الاعتراف بثبوتها ، ألا يرى أنه لو سكت أو تكلم بكلام لا يناسب الحال لا يعد مقرا للوكالة ، فكيف إذا تكلم بما يشعر بإنكار الوكالة ، وقد أشار إليه السائل بقوله : بل هو دال على عدم صحة الوكالة إلى قوله : فكيف تثبت الوكالة بهذه الدعوى ، فكان الغريم قال أنت لا تصلح للوكالة أصلا بعد استيفاء صاحب المال حقه فضلا عن أن تقع وكيلا عنه تدبر . وقصد صاحب العناية دفع السؤال المزبور بوجه آخر حيث قال فى بيان المسئلة : ذكر فى الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة فى الرجل له على الرجل مال فوكل وكيلا بذلك المال وأقام الوكيل البينة عليه وقال الذى عليه المال قد استوفاه صاحبه فإنه يقال له ادفع المال ثم ادفع رب المال فاستحلفه . ثم قال فى شرح قول المصنف لأن الوكالة قد ثبتت : يعنى بالبينة ، لأن وضع المسئلة كذلك انتهى . أقول : لقائل أن يقول : لو كان مدار قول المصنف لأن الوكالة قد ثبتت بل مدار نفس جواب هذه المسئلة على اعتبار قيد إقامة الوكيل البينة على الوكالة فى وضع هذه المسئلة لما وسع للمصنف فى بدايته وهدايته ولعمامة المشايخ فى تصانيفهم المعتبرة ترك ذلك القيد المهم عند تحرير هذه المسئلة ، ولا ينبغي أن يدعى كون تركهم إياه بناء على ظهور اعتباره ، كيف وقد ذهب اعتبار ذلك على كثير من الثقات كصاحب النهاية وصاحب التبيين وغيرهما ، حتى ذهبوا إلى توجيه آخر فى دفع السؤال المذكور ، فلو كان اعتباره من الظهور بحيث يستغنى عن ذكره فى عامة الكتب لما خفى على مثل هؤلاء الأجلاء (قال ويتبع) أى يتبع الغريم (رب المال فيستحلفه) أى فيستحلف الغريم رب المال على عدم الاستيفاء

عليه وقال الذى عليه المال قد استوفاه صاحبه فإنه يقال له ادفع المال ثم اتبع رب المال فاستحلفه . قال المصنف (لأن الوكالة قد ثبتت) يعنى بالبينة لأن وضع المسئلة كذلك (والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه فلا يؤخر الحق) إلى تحليف رب الدين (ثم يتبع الغريم رب الدين فيستحلفه)

(قوله لأن الوكالة قد ثبتت يعنى بالبينة الخ) أقول : مقصوده دفع الاعتراض المذكور فى النهاية ، ونص عبارته : فإن قيل لانسلم أن الوكالة قد ثبتت فبأى دليل يعلم ثبوت الوكالة ، ولوقيل بسبب ادعاء المدينون أن صاحب المال قد استوفاه ، فذلك لا يصلح دليلا على صحة ثبوت الوكالة بل هو دليل على عدم صحة الوكالة لأن الدين إذا كان مستوفى من جانب من له الحق كان التوكيل بالاستيفاء باطلا لا محالة ، فكيف تثبت الوكالة بهذه الدعوى ؟ قلنا : لما ادعى الغريم استيفاء رب الدين دينه كان هو معترفا بأصل الحق ألا يرى أن قول المدعى عليه قد قضيتكها إقرار بالدين عند دعوى المدعى ذلك ، فلما ثبت الدين بإقراره ولم ينكر الوكالة كان للوكيل ولاية الطلب فيقضى عليه بالإيفاء ، كما لو ادعى استيفاء رب الدين عند دعواه بنفسه كان يقضى عليه بالإيفاء فكذا عند دعوى وكيله لأن الوكيل قائم مقام الموكل انتهى . وكذا قرر الزيلعى تبعا لصاحب النهاية ، لكن الحق ما فى شرح الإتنالى والأكل نقلا عن الجامع الصغير أن المراد تثبت بالبينة ، ثم لا يخفى عليك أن جواب صاحب النهاية لا يخلو من بحث .

رعاية لحانبه ، ولا يستحلف الوكيل لأنه نائب . قال (وإن وكله بعيب في جارية فادعى البائع رضا المشتري لم يرد عليه حتى يحلف المشتري) بخلاف مسألة الدين لأن التدارك ممكن هناك باسترداد ما قبضه الوكيل إذا ظهر الخطأ عند نكوله ، وهاهنا غير ممكن لأن القضاء بالفسخ ماض على الصحة وإن ظهر الخطأ عند أي حنيقة رحمه الله كما هو مذهبه ، ولا يستحلف المشتري عنده بعد ذلك لأنه لا يفيد .

(رعاية لحانبه) أي جانب الغريم . فإن حلف مضي الأداء . وإن نكل يتبع الغريم القابض فيسرد ما قبضه (ولا يستحلف الوكيل لأنه نائب) والنيابة : لا تجرى في الأيمان . وقال زفر رحمه الله : أحلفه على العلم ، فإن نكل خرج عن الوكالة والطالب على حجته لأن الوكيل لو أقر بذلك بطلت وكالته فجاز أن يحلف عليه . والجواب أن الغريم يدعى حقا على الموكل لا على الوكيل ، فتحليف الوكيل يكون نيابة وهي لا تجرى في الأيمان ، بخلاف الوارث حيث يحلف على أنه لا يعلم استيفاء مورثه لأن الحق ثبت للوارث فالدعوى عليه واليمين بالأصالة ، كذا في الشروح أخذنا من الإيضاح (قال) أي محمد في بيع الجامع الصغير (وإن وكله بعيب في جارية) أي إن وكله برد جارية بسبب عيب (فادعى البائع رضا المشتري) أي رضاه بالعيب (لم يرد عليه) أي لم يرد الوكيل على البائع (حتى يحلف المشتري) يعني لا يقضي القاضي بالرد عليه حتى يحضر المشتري ويحلف على أنه لم يرض بالعيب (بخلاف مامر من مسألة الدين) حيث يؤمر الغريم بدفع الدين إلى الوكيل قبل تحليف رب الدين . قال جماعة من الشراح حيث يؤمر بدفع الدين إلى الوكيل بدون تحليف الوكيل . أقول : ليس هذا بمعنى المقام قطعاً ، إذ لا مدخل لعدم تحليف الوكيل في الفرق بين المسئلتين ، فإن الوكيل لا يحلف في شيء منهما أصلاً . ثم اعلم أنه ذكر في المبسوط الفرق بين مسألة الدين ومسألة العيب من وجهين : أحدهما أن في الدين حق الطالب ثابت بيقين ، إذ ليس في دعوى الاستيفاء والإبراء ما ينافي بثبوت أصل حقه ، لكنه يدعى الاستيفاء بعد تقرير السبب الموجب فلا يمتنع على الوكيل الاستيفاء ما لم يثبت المسقط . وأما في العيب فإن علم المشتري بالعيب وقت العقد يمنع ثبوت حقه في الرد أصلاً ، فالبايع لا يدعى مسقطاً بل يزعم أن حقه في الرد لم يثبت أصلاً ، فلا بد من أن يحضر الموكل ويحلف ليتمكن من الرد عليه . والثاني أن الرد بالعيب بقضاء القاضي فسخ للعقد ، والعقد إذا انفسخ لا يعود ، فلو أثبتنا له حق الرد تضرر به الخصم في انفساخ عقده عليه ، وأما قضاء الدين فليس فيه فسخ عقده ، فإذا حضر الموكل فأنى أن يحلف يتوصل المطلوب إلى قضاء حقه فلهذا أمر بقضاء الدين ، وهذا الوجه الثاني من الفرق هو الذي أراداه المصنف بقوله (لأن التدارك ممكن هناك) أي في مسألة الدين (باسترداد ما قبضه الوكيل إذا ظهر الخطأ عند نكوله) أي نكول الموكل عن اليمين ، إذ القضاء لم ينفذ باطناً لأنه ماقضى إلا بمجرد التسليم فكان كالقضاء بالأحكام المرسلة ، كذا في الكافي والكفاية (وهاهنا) أي في مسألة الرد بالعيب ، وفي بعض النسخ : وفي الثانية أي وفي المسئلة الثانية وهي مسألة الرد بالعيب (غير ممكن) أي التدارك غير ممكن (لأن القضاء بالفسخ ماض على الصحة وإن ظهر الخطأ عند أي حنيقة كما هو مذهبه لأن القضاء في العقود والفسوخ ينفذ ظاهراً وباطناً عنده كما مر في كتاب القضاء ، وفي كتاب النكاح أيضا (ولا يستحلف المشتري عنده بعد ذلك) أي بعد أن مضى القضاء بالفسخ على الصحة (لأنه) أي لأن الاستحلاف (لا يفيد) فإنه لما مضى الفسخ ولا يرد بالنكول

رعاية لحانبه (فإن حلف مضي الأداء ، وإن نكل يتبع القابض فيسرد ما قبض (ولا يستحلف الوكيل لأنه نائب) والنيابة لا تجرى في الأيمان ، وقال زفر رحمه الله : أحلفه على العلم ، فإن نكل خرج عن الوكالة والطالب على حجته ، لأن الوكيل لو أقر بذلك بطلت وكالته فجاز أن يحلف عليه . والجواب أن الغريم يدعى حقا على الموكل لا على الوكيل فتحليف الوكيل يكون نيابة وهي لا تجرى في الأيمان ، بخلاف الوارث حيث يحلف على أنه لا يعلم استيفاء مورثه لأن الحق ثبت للوارث فالدعوى عليه واليمين بالأصالة . قال (وإن وكله بعيب في جارية الخ) إذا وكل برد جارية بعيب فادعى البائع رضا المشتري بالعيب لم يرد عليه حتى

(قال المصنف : ولا يستحلف الوكيل لأنه نائب) أقول : ذكر في الشروح أن الوكيل لا يستحلف على العلم (قوله لأن الوكيل لو أقر بذلك) أقول : يعني لو أقر بالاستيفاء .

وأما عندهما قالوا : يجب أن يتحد الجواب على هذا في الفصلين ولا يؤخر ، لأن التدارك ممكن عندهما لبطلان القضاء .

لم يبق في الاستحلاف فائدة قطعا ، قال صاحب معراج الدراية في تفسير قول المصنف بعد ذلك : أى بعد نكول الموكل ، وتبعه الشارح العيني : أقول : هذا تفسير فاسد ، إذ يصير معنى المقام حيث لا يستحلف المشتري عنده بعد نكول المشتري ، وهذا من قبيل اللغو من الكلام كما لا يخفى على الفطن . وفي الذخيرة : وإن لم يكن للبائع بينة على رضا الأمر بالعيب ورد الوكيل الجارية على البائع بالعيب ثم حضر الأمر وادعى الرضا وأراد أخذ الجارية فأبى البائع أن يدفعها وقال نقض القاضي البيع فلا سبيل لك ، فإن القاضي لا يلتفت إلى قول البائع ويرد الجارية على الأمر ، لأن الأمر مع البائع تصادقا على أن الجارية ملك الأمر لأن البائع ادعى رضا الأمر بالعيب ولزوم الجارية إياه وصدقه الأمر في ذلك فاستند التصديق إلى وقت الإقرار ، ويثبت بهذا التصديق أن القاضي أخطأ في قضائه بالرد وأن قضاءه بالرد نفذ ظاهرا لا باطنا فبقيت الجارية على حكم ملك الأمر في الباطن فكان للأمر أن يأخذها . بعض مشايخنا قالوا : هذا على قول محمد ، وأما على قول أبي حنيفة لأسبيل للأمر على الجارية . وبعضهم قالوا : هذا قول الكل وهو الأصح . ووجهه أن نقض القاضي هاهنا البيع لم يكن بناء على دليل موجب للنقض ، وإنما كان لجهله بالدليل المسقط للرد وهو رضا الأمر بالعيب ثم ظهر الدليل بخلافه ، وفي مثل هذا لا ينفذ القضاء باطنا كما لو قضى في حادثة بجتهاده وثمة نص بخلافه انتهى . وهكذا ذكر في المبسوط وشروح الجامع الصغير أيضا ، ونقل في النهاية ومعراج الدراية عن تلك الكتب ، ثم إن صاحب العناية ذكر ذلك هاهنا على وجه الاعتراض والجواب حيث قال : واعتراض بأن الوكيل إذا ردها على البائع بالعيب ثم حضر المشتري وادعى الرضا بالعيب واسترد الجارية وقال البائع لأسبيل لك عليها لأن القاضي نقض البيع فإنه لا يلتفت إلى قول البائع ، ولو كان القضاء ماضيا على الصحة لم ترد الجارية على المشتري . وأجيب بأن الرد مذهب محمد ، فأما على قول أبي حنيفة فلا سبيل للأمر على الجارية . سلمنا أن هذا قول الكل ، لكن النقض هاهنا لم يوجب دليل ، وإنما كان للجهل بالدليل المسقط للرد وهو رضا الأمر بالعيب ثم ظهر الدليل بخلافه ، وقالوا : هذا أصبح انتهى كلامه . أقول : فيه بحث ، لأن ما ذكره في الجواب بعد التسليم لا يدفع الاعتراض بل يقويه لأنه إذا جاز نقض القضاء هاهنا عند أبي حنيفة أيضا بأي سبب كان تعين أن القضاء بالنسخ هاهنا لم يكن ماضيا على الصحة عنده أيضا فلا يتم الدليل المذكور للفرق بين المسئلتين فتأمل (وأما عندهما) أى عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله (قالوا) أى المشايخ (يجب أن يتحد الجواب على هذا) أى على الأصل المذكور في الفصلين (أى في فصل الدين وفي فصل الرد بالعيب (ولا يؤخر) أى لا يؤخر القضاء بالرد إلى تحليف المشتري كما لا يؤخر القضاء بدفع الدين إلى تحليف رب الدين (لأن التدارك ممكن) أى في الفصلين معا (عندهما لبطلان القضاء) يعنى أن عدم التأخير إلى تحليف رب الدين في فصل الدين إنما كان لأن التدارك ممكن عند ظهور الخطأ في القضاء باسترداد ما قبضه الوكيل ،

يحلف المشتري ، بخلاف ما مر من مسألة الدين لأن التدارك فيها ممكن باسترداد ما قبضه الوكيل إذا ظهر الخطأ عند نكول الموكل ، وأما هاهنا فغير ممكن لأن العقد يفسخ بالقضاء ، والقضاء بالنسخ ماض على الصحة عند أبي حنيفة لأن القضاء في العقود والفسوخ ينفذ ظاهرا وباطنا وإن ظهر الخطأ بالنكول ، وعلى هذا لا يحاف المشتري عنده بعد ذلك لأنه لما مضى الفسخ ولا يرد بالنكول لم يبق في الاستحلاف فائدة . واعتراض بأن الوكيل إذا ردها على البائع بالعيب ثم حضر المشتري وادعى الرضا بالعيب واسترد الجارية وقال البائع لأسبيل لك عليها لأن القاضي نقض البيع فإنه لا يلتفت إلى قول البائع ، ولو كان القضاء ماضيا على الصحة لم ترد الجارية على المشتري . وأجيب بأن الرد مذهب محمد ، فأما على قول أبي حنيفة فلا سبيل للأمر على الجارية . سلمنا أن هذا قول الكل ، لكن النقض هاهنا لم يوجب دليل ، وإنما كان للجهل بالدليل المسقط للرد وهو رضا الأمر بالعيب ثم

(قوله واعتراض بأن الوكيل إذا ردها الخ) أقول : بقضاء القاضي على خلاف قول أبي حنيفة .

وقيل الأصح عند أبي يوسف رحمه الله أن يُوخر في الفصلين لأنه يعتبر النظر حتى يستحلف المشتري لو كان حاضرا من غير دعوى البائع فينتظر للنظر. قال (ومن دفع إلى رجل عشرة دراهم ينفقها على أهله فأنتفق عليهم عشرة من عنده فالعشرة بالعشرة لأن الوكيل بالإتفاق وكييل بالشراء والحكم فيه ما ذكرناه وقد قررناه فهذا كذلك .

وهذا المعنى موجود في فصل الرد بالعيب أيضا لأن قضاء القاضي في مثل ذلك عندهما إنما ينفذ ظاهرا لا باطنا ، فإذا ظهر خطأ القضاء عند نكول المشتري ردت الجارية عليه فلا يُوخر إلى التحليف (وقيل الأصح عند أبي يوسف أن يُوخر) أى القضاء (في الفصلين لأنه) أى لأن أبا يوسف (يعتبر النظر) أى النظر للبائع ، كذا في الشروح . أقول : الأولى أن يقال : أى النظر للخصم ليكون أنسب بالتعميم للفصلين كما سينكشف لك (حتى يستحلف) أى أبو يوسف (المشتري لو كان حاضرا من غير دعوى البائع) يعنى أن من مذهب أبي يوسف أن القاضي لا يرد المبيع على البائع إذا كان المشتري حاضرا وأراد الرد مالم يستحلف بالله ماضيت بهذا العيب وإن لم يدع البائع ، فإذا كان المشتري أو رب الدين غائبا فأولى أن لا يرد عليه مالم يستحلف صيانة لقضائه عن البطالان ونظرا للبائع والمديون (فينتظر للنظر) أى فينتظر في الفصلين نظرا للبائع والمديون . قال في النهاية فينتظر للنظر : أى للبائع ، فعلى هذا ينبغي أن ينتظر في الدين نظرا للغيرم انتهى . وقال في غاية البيان : فعلى هذا ينتظر عنده في الدين أيضا نظرا للغيرم ، وهذا معنى قوله فينتظر للنظر انتهى . وقال في العناية : لأنه يعتبر النظر للبائع حتى يستحلف المشتري إن كان حاضرا من غير دعوى البائع فينتظر للنظر له إن كان غائبا انتهى . أقول : لا يمتنع ما في كل واحد منها من تخصيص معنى نفس الكلام بصورة من الفصلين من غير ضرورة داعية إليه ، فالوجه ما قررناه فتبصر (قال) أى محمد في الجامع الصغير (ومن دفع إلى رجل عشرة دراهم ينفقها على أهله) أى لينفقها عليهم (فأنتفق عليهم عشرة من عنده) أى من مال نفسه فالعشرة بالعشرة) أى فالعشرة التي أنفقها الوكيل من مال نفسه بمقابلة العشرة التي أخذها من الموكل : يعنى لا يكون الوكيل متبرعا فيما أنفق بل ما أخذه من الموكل يصير ملكا له . قال الإمام القرافي : هذا إذا كانت عشرة الدفع قائمة وقت شرائه النفقة وكان يضيف العقد إليها ، أو كان مطلقا لكن ينوى تلك العشرة ، أما إذا كانت عشرة الدافع مستهلكة أو كان يشتري النفقة بعشرة نفسه ويضيف العقد إليها يصير مشتريا لنفسه ويكون متبرعا بالإتفاق ، لأن الدراهم تتعين في الوكالة ، وكذا لو أضاف العقد إلى غيرها ، كذا ذكر في النهاية ومعراج الدراية . وقال في الكفاية بعد ذلك : وقيل لا تتعين عند العامة لكن تتعلق الوكالة ببقائها ، بخلاف المضاربة والشركة حيث تتعين اتفاقا فيهما . قال المصنف في تعليل ما في الكتاب (لأن الوكيل بالإتفاق وكييل بالشراء ، والحكم فيه) أى في الوكيل بالشراء (ما ذكرناه) من رجوع الوكيل على الموكل بما أدى من الثمن (وقد قررناه) يعنى في باب الوكالة بالبيع والشراء عند قوله وإذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله أن يرجع به على الموكل لأنه انعقدت بينهما مبادلة حكيمية (فهذا) أى مانحن فيه من التوكيل بالإتفاق (كذلك) لأن الوكيل بالإتفاق على الأهل قد يضطر إلى

ظهر الدليل بخلافه بتصاذهما في الآخرة على وجود الرضا من المشتري ، وفي مثله لا ينقد القضاء باطنا كما لو قضى باجتهاده في حادثة وثمة نص بخلافه ، وقالوا هذا أصح ، فأما عندهما فقد قالوا يجب أن يتحد الجواب على هذا : أى على هذا الأصل المذكور في الفصلين فصل الجارية والدين فيدفع الدين كما تقدم وترد الجارية ، ولا يُوخر إلى تحليف المشتري لأن عدم التأخير إلى تحليف رب الدين إنما كان لكون التدارك ممكنا عند ظهور الخطأ وذلك موجود في صورة الجارية لأن قضاء القاضي في مثل ذلك نافذ ظاهرا لا باطنا ، فإذا ظهر خطأ القضاء عند نكول المشتري ردت الجارية على المشتري فلا يُوخر إلى التحليف . وقيل الأصح عند أبي يوسف أن يُوخر في الفصلين لأنه يعتبر النظر للبائع حتى يستحلف المشتري إن كان حاضرا من غير دعوى البائع فينتظر للنظر له إن كان غائبا ، قال (ومن دفع إلى رجل عشرة دراهم ينفقها الخ) ومن دفع إلى آخر عشرة دراهم ينفقها الخ (قوله وقالوا هذا أصح) أقول : أى كونه قول الكل أصح (قوله في الفصلين الخ) أقول : قوله في الفصلين متعلق بقوله يتحد في قوله يجب أن يتحد الجواب الخ .

وقيل هذا استحسان وفي القياس ليس له ذلك ويصير متبرعا . وقيل القياس والاستحسان في قضاء الدين لأنه ليس بشراء ، فأما الإنفاق يتضمن الشراء فلا يدخلانه ، والله أعلم بالصواب .

شراء شيء يصلح لنفقتهم ولا يكون مال الموكل معه في تلك الحالة فيحتاج إلى أن يؤدي ثمنه من مال نفسه فكان في التوكيل بذلك تجويز الاستبدال . وأعلم أن محمدا لم يذكر في الأصل مسألة الإنفاق ، بل ذكر فيه مسألة قضاء الدين فقال : وإذا دفع الرجل إلى الرجل ألف درهم فقال ادفعها إلى فلان قضاء عني فدفع الوكيل غيرها واحتبس الألف عنده كان القياس أن يدفع التي حبسها إلى الموكل ويكون متطوعا في التي دفع ، ولكني أدع القياس في ذلك وأستحسن أن أجيزه ، إلى هنا لفظ الأصل . وإنما ذكر مسألة الإنفاق في الجامع الصغير ولكن لم يذكر القياس والاستحسان فيه فقالوا في شروحه : هذا الذي ذكره استحسان ، والقياس أن يردها على الموكل إن كانت قائمة ويضمن إن كان استهلكها ، وهو قول زفر ، وهذا معنى قول المصنف (وقيل هذا استحسان ، وفي القياس ليس له ذلك ويصير متبرعا) أي ليس للوكيل إنفاق عشرة نفسه بمقابلة عشرة الموكل ، بل إذا أنفق عشرة نفسه يصير متبرعا فيما أنفق ويرد الدراهم المأخوذة من الموكل عليه ، وإن استهلكها ضمن . وجه القياس أن الدراهم تتعين في الوكالات حتى لو هلك قبل الإنفاق بطلت الوكالة ، فإذا أنفق من مال نفسه فقد أنفق بغير أمر الموكل فيصير متبرعا . وأما وجه الاستحسان فما ذكره المصنف فيما مر آنفا بقوله لأن الوكيل بالإنفاق وكيل بالشراء الخ ، وقالوا في شروح الجامع الصغير أيضا : من المشايخ من قال : ليس في قضاء الدين معنى الشراء فورد فيه القياس والاستحسان اللذان ذكرهما محمد في الأصل . أما الإنفاق ففيه شراء فلم يختلف فيه وجه القياس والاستحسان ، بل صرح ذلك قياسا واستحسانا حتى رجع الوكيل على الموكل بما أنفق قياسا واستحسانا ، وهذا معنى قول المصنف (وقيل القياس والاستحسان في قضاء الدين لأنه ليس بشراء) هذا وجه القياس : يعني لما لم يكن قضاء الدين شراء لم يكن الأمر راضيا بثبوت الدين في ذمته للوكيل فلو لم نجعله متبرعا لألزمناه ديناً لم يرض به فجعلناه متبرعا قياسا . ووجه الاستحسان ما ذكره شيخ الإسلام علاء الدين الإسيبي جاني في شرح الكافي للحاكم الشهيد بقوله : لأن المأمور بقضاء الدين مأمور بشراء مافي ذمة الأمر بالدراهم ، والوكيل بالشراء إذا اشترى ونقد الثمن من عند نفسه سلم المقبوض له اهـ (فأما الإنفاق) فإنه (يتضمن الشراء) لأن الأمر بالإنفاق أمر بشراء الطعام ، والشراء لا يتعلق بعين الدراهم المدفوعة بل بمثلها في الذمة ، ثم ثبت له حق الرجوع على الأمر فكان راضيا بثبوت الدين فلم يجعل متبرعا قياسا أيضا (فلا يدخلانه ، والله أعلم) أي فلا يدخل القياس والاستحسان في الإنفاق ، بل يكون فيه حكم القياس كحكم الاستحسان في أن الوكيل لا يكون متبرعا بالإنفاق من مال نفسه .

على أهله فأنفق عليهم عشرة من ماله فالعشرة الذي أنفقه من ماله بمقابلة العشرة الذي أخذه من الموكل لا يكون متبرعا فيما أنفق . قيل : هذا استحسان . ووجهه أن الوكيل بالإنفاق وكيل بالشراء ، والحكم فيه ما ذكرناه من رجوع الوكيل على الموكل بما أدى من الثمن ، وقد قررناه : يعني في باب الوكالة بالبيع والشراء عند قوله وإذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله أن يرجع به على الموكل لأنه انعقدت بينهما مبادلة حكمية ، وهذا أي ما نحن فيه من التوكيل بالإنفاق كذلك ، لأن الوكيل بشراء ما يحتاج إليه الأهل قد يضطر إلى شراء شيء يصلح لنفقتهم ولم يكن مال المتوكل معه في تلك الحالة فيحتاج إلى أن يؤدي ثمنه من مال نفسه ، فكان في التوكيل بذلك تجويز الاستبدال ، وفي القياس ليس له ذلك ، ويصير متبرعا فيما أنفق ويرد الدراهم المأخوذة من الموكل عليه ، وإن استهلكها ضمن لأن الدراهم تتعين في الوكالات ، حتى لو هلك قبل الإنفاق بطلت

(قوله فالعشرة الذي أنفقه الخ) أقول : والأولى أن يقال : فالعشرة التي أخذها من الموكل بمقابلة العشرة التي أنفقها من ماله كما يظهر بالتأمل . قال الإقناني : أي تكون العشرة التي حبسها عنده بالعشرة التي أنفقها من ماله انتهى ، وهذا أولى أيضا ما ذكره الأكل في تأمل يظهر لك وجه الأولوية (قوله فكان في التوكيل بذلك تجويز الاستبدال) أقول : يعني التجويز دلالة (قوله وفي القياس ليس له ذلك الخ) أقول : هذا القياس يجرى ظاهرا في التوكيل بالشراء .

(باب عزل الوكيل)

قال (وللموكل أن يعزل الوكيل عن الوكالة) لأن الوكالة حقه فله أن يبطله : إلا إذا تعلق به حق الغير بأن كان وكيلا بالخصومة يطلب من جهة الطالب لما فيه من إبطال حق الغير :

(باب عزل الوكيل)

آخر باب العزل ، إذ العزل يقتضى سبق الثبوت فناسب ذكره آخر (قال) أى القدورى في مختصره (وللموكل أن يعزل الوكيل عن الوكالة لأن الوكالة حقه) أى حق الموكل (فله أن يبطله) أى فلى الموكل الذى هو صاحب الحق أن يبطل حقه (إلا إذا تعلق به) أى بالوكالة ذكر الضمير بتأويل كونها حقا (حق الغير) فحينئذ ليس له أن يعزله بلا رضا ذلك الغير ، وذلك (بأن كان وكيلا بالخصومة يطلب من جهة الطالب) أى بالتناس من جهة المدعى (لما فيه) أى لما في العزل في هذه الصورة (من إبطال حق الغير) وهو أن يحضره مجلس الحكم ويخاصمه ويثبت حقه عليه ، وإبطال حق الغير لا يجوز : قيد بالطلب لأنه لو لم يكن وكيلا بالطلب يملك الموكل عزله ، سواء كان الخصم حاضرا أو غائبا ، وقيد بكون الطلب من جهة الطالب لأنه لو كان من جهة المطلوب : أى المدعى عليه ووكيل الطالب فله عزله سواء كان المطلوب حاضرا أو غائبا . ثم إن عدم صحة العزل إذا كان

الوكالة ، فإذا أنفق من مال نفسه فقد أنفق بغير أمره . فيكون متبرعا . وقيل : القياس والاستحسان في قضاء الدين ، وهو أن يدفع المديون إلى رجل ألفا ويؤكله بقضاء دينه بها فدفع الوكيل غير ذلك من مال نفسه قضاء عنه فإنه في القياس متبرع ، حتى إذا أراد المأمور أن يجبس الألف التي دفعت إليه لا يكون له ذلك . وفي الاستحسان له ذلك وليس بمتبرع ، وذلك لأن قضاء الدين ليس بشراء فلا يكون الأمر راضيا بثبوت الدين في ذمته للوكيل ، فلو لم يجعل متبرعا لألزمناه ديناً لم يرض به فجعلناه متبرعا قياسا . فأما الإنفاق فيتضمن الشراء لأنه أمر بالإتفاق وهو أمر بشراء الطعام والشراء لا يتعلق بعين الدرهم المدفوعة إليه بل بمثلها في الذمة ، ثم ثبت له حق الرجوع على الأمر فكان راضيا بثبوت الدين فلم يجعل متبرعا قياسا أيضا ، والله أعلم .

(باب عزل الوكيل)

وجه تأخير باب العزل ظاهر لا يحتاج إلى بيان . وأعلم أن الوكيل إن كان للطالب فعزله صحيح حضر المطلوب أو لا ، لأن الطالب بالعزل يبطل حقه وهو لا يتوقف على حضور غيره وهو المذكور أولا وإن كان للمطلوب ، فإن لم يكن يطلب من جهة الطالب أو من يقوم مقامه مثل القاضي فكذلك . وإن كان ، فأما إن علم الوكيل بالوكالة أولا ، فإن لم يعلم فكذلك لأنه لا نفاذ للوكالة قبل علم الوكيل فكان العزل امتناعا ولهذا لم يذكره المصنف ، وإن علم ولم يرددها لم يصح في غيبة الطالب لأن بالتوكيل ثبت له حق إحضاره في مجلس الحكم وإثبات الحق عليه ، وبالعزل حال غيبته يبطل ذلك وهو المذكور في الكتاب مستثنى ،

(قوله وفي الاستحسان له ذلك) أقول : وجه الاستحسان أن المأمور بقضاء الدين مأمور بشراء ما في ذمة الأمر بالدرهم ، والوكيل بالشراء إذا اشترى وثقه الثمن من عند نفسه سلم المقبوض له : يعنى من الدرهم كذا ذكره الإتقاني نقلا من شرح الاسبيجاني الكافي للحاكم الشبيه (قوله وذلك لأن قضاء الدين) أقول : أى كونه متبرعا في القياس .

(باب عزل الوكيل)

(قوله وهو المذكور أولا) أقول : فيه بحث ، فإن المذكور أولا يعمه ، وعزل الوكيل بالبيع والشراء مثلا لمعوم كلام القدورى ، وجوابه أن التصرف الإضافى : أى لا عزل وكيل المطلوب (قوله وإن كان للمطلوب فإن لم يكن الخ) أقول : قال الزيلعي في تحليل صحة عزله لعدم تعلق حقه بالوكالة إذ هو لم يطلب (قوله فكان العزل امتناعا) أقول : أى فكان العزل اللفظي امتناعا حقيقة لا عزلا .

وصار كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن .

يطلب من جهة الطالب فيما إذا كان العزل عند غيبة الطالب . وأما إذا كان عند حضوره فيصح العزل سواء رضى به الطالب أولا ، وهذه القيود مستفادة من صريح ما ذكره في الذخيرة . فإنه قال فيها : وإذا عزل الوكيل حال غيبة الخصم فهو على وجهين : الأول أن يكون الوكيل وكيل الطالب ، وفي هذا الوجه العزل صحيح وإن كان المطلوب غائبا لأن الطالب بالعزل يبطل حق نفسه : لأن خصومة الوكيل حق الطالب وإبطال الإنسان حق نفسه صحيح من غير أن يتوقف على حضرة غيره . والوجه الثاني أن يكون الوكيل وكيل المطلوب . وأنه على وجهين أيضا : الأول أن يكون الوكيل من غير التماس أحد ، وفي هذا الوجه العزل صحيح وإن كان الطالب غائبا . والوجه الثاني إذا كان التوكيل بالتماس أحد ، إما الطالب وإما القاضى ، وفي هذا الوجه إن كان الوكيل غائبا وقت التوكيل ولم يعلم بالتوكيل صح عزله على كل حال ، لأن هذه الوكالة غير نافذة لأنه لا نفاذ لها قبل علم الوكيل فكان العزل رجوعا وامتناعا فيصح . وهذا على الرواية التي شرطت علم الوكيل لصيرورته وكيلًا . وإن كان الوكيل حاضرا وقت التوكيل أو كان غائبا ولكن قد علم بالوكالة ولم يردّها فإن كانت الوكالة بالتماس الطالب لا يصح عزله حال غيبة الطالب ويصح حال حضرته رضى به الطالب أو سخط ، لأن بالتوكيل ثبت نوع حق للطالب قبل الوكيل وهو حق أن يحضره مجلس الحكم فيخاصمه ويثبت حقه عليه . وبالعزل حال غيبة الطالب لو صح العزل يبطل هذا الحق أصلا لأنه لا يمكنه الخصومة مع الوكيل والمطلوب ربما يغيب قبل أن يحضر الطالب فلا يمكنه الخصومة معه أيضا فيبطل حقه أصلا . وأما إذا كان الطالب حاضرا فحقه لا يبطل أصلا لأنه إن كان لا يمكنه الخصومة مع الوكيل يمكنه مع المطلوب ويمكنه أن يطلب من المطلوب أن ينصب وكيلًا آخر إلى هنا لفظ الذخيرة ، قال صاحب العناية في شرح هذا المقام : واعلم أن الوكيل إن كان للطالب فعزله صحيح حضر المطلوب أو لا لأن الطالب بالعزل يبطل حقه وهو لا يتوقف على حضور غيره وهو المذكور أولا . وإن كان للمطلوب ، فإن لم يكن يطلب من جهة الطالب أو من يقوم مقامه مثل القاضى فكذلك ، وإن كان فأما إن علم الوكيل بالوكالة أو لا ، فإن لم يعلم فكذلك لأنه لا نفاذ للوكالة قبل علم الوكيل فكان العزل امتناعا ولهذا لم يذكره المصنف : وإن علم ولم يردّها لم يصح في غيبة الطالب لأن بالتوكيل ثبت له حق إحضاره في مجلس الحكم وإثبات الحق عليه ، وبالعزل حال غيبته يبطل ذلك وهو المذكور في الكتاب مستثنى ، وصح بحضرته لأن الحق لا يبطل ، لأنه إن كان لا يمكنه الخصومة مع الوكيل يمكنه الخصومة مع الموكل ويمكنه طلب نصب وكيل آخر منه ، ولم يذكرها المصنف لأن دليله يلوّح إليه لأنه قال لما فيه من إبطال حق الغير وهاهنا لا إبطال كما ذكرناه اهـ كلامه . واعتراض بعض الفضلاء على قوله وهو المذكور أولا ، وأجاب حيث قال : فيه بحث ، فإن المذكور أولا يعمله ، وعزل الوكيل بالبيع والشراء مثلا لعموم كلام القدورى : وجوابه أن القصر إضافى : أى لا عزل وكيل المطلوب اهـ . أقول : جوابه ليس بتمامه فإن المذكور أولا وهو قوله وللموكل أن يعزل الوكيل عن الوكالة يعم عزل وكيل المطلوب أيضا سيما الذى لم يكن يطلب من جهة الطالب أو من يقوم مقامه فلا يتم التوجيه بحمل القصر على الإضافة بمعنى لا عزل وكيل المطلوب . ثم أقول : الحق الصريح أن كلام القدورى الذى ذكره المصنف هاهنا أولا ، وهو قوله وللموكل أن يعزل الوكيل عن الوكالة يعم جميع الصور التى ذكرها صاحب العناية بطريق التقسيم والتفصيل ، وقد استثنى المصنف من ذلك صورة واحدة وهى عزل من كان وكيلًا للمطلوب بطلب من جهة الطالب فبقى ما عداها من الصور تحت عموم المستثنى منه بلا ريب ، ويمشى في ذلك كله التعليل الذى ذكره المصنف بقوله لأن الوكالة حقه فله أن يبطله ، فإزعمه الشارح المذكور من كون المذكور أولا مقصورا على صورة عزل وكيل الطالب ، وكون بعض صور عزل الوكيل المطلوب غير مذكور في الكتاب أصلا سهو بين (وصار) أى صار التوكيل الذى كان بطلب من جهة الطالب (كالوكالة التى تضمنها عقد الرهن) أى كالوكالة المشروطة في عقد الرهن بأن وضع وصح بحضرته لأن الحق لا يبطل ، لأنه إن كان لا يمكنه الخصومة مع الوكيل يمكنه الخصومة مع الموكل ويمكنه طلب نصب وكيل آخر منه ، ولم يذكرها المصنف لأن دليله يلوّح إليه لأنه قال لما فيه من إبطال حق الغير وهاهنا لا إبطال كما ذكرناه (قوله فصار) أى فصار التوكيل من جهة المطلوب إذا كان بطلب من جهة الطالب (كالوكالة التى تضمنها عقد الرهن) بأن وضع الرهن على (قوله بأن وضع الرهن الخ) أقول : تفسير للعام بالحاص ، فإنه إذا وكل المرتهن يبيعه الحال كذلك وسيجىء التفصيل في الرهن .

قال (فإن لم يبلغه العزل فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم) لأن في العزل إضرارا به من حيث إبطال ولايته أو من حيث رجوع الحقوق إليه فينقذ من مال الموكل ويسلم المبيع

الرهن على يدى عدل ، وشرط في الرهن أن يكون العدل أو المرتهن مسلطا على بيع الرهن عند حلول الدين ، فإنه إذا أراد الراهن أن يعزل الوكيل عن الوكالة بالبيع ليس له ذلك ، لأن البيع صار حقا للمرتهن ، وبالعزل يبطل هذا الحق كما يأتي تفصيله في كتاب الرهن ، وكذا إذا تعلق حق الوكيل بعين من أعيان الموكل لا يملك إخراجه عن الوكالة نحو أن أمره أن يبيع ويستوفي الدين من ثمنه ، كذا في النهاية نقلا عن الذخيرة . قيل : من أين وقع الفرق بين الوكيل في الخصومة بطلب من جهة الطالب وبين الوكيل الذى تثبت وكالته في ضمن عقد الرهن حيث يملك الموكل في الأول عزل الوكيل حال حضرة الخصم وإن لم يرض به الخصم ولا يملك في الثاني عزله حال حضرة المرتهن إذا لم يرض به المرتهن مع أنه في كل منهما تعلق حق الغير بوكالة الوكيل ، ومع وجود هذه المفارقة كيف شبه هذا بذلك ؟ وأجيب بأن الفرق بينهما من حيث أن العزل لو صح فيما نحن فيه حال حضرة الطالب لم يبطل حق الطالب أصلا لأنه يمكنه أن يخاصم المطلوب . وأما في مسئلة الرهن . فلو صح العزل حال حضرة المرتهن بطل حقه في البيع إذ لا يمكنه أن يطالب الراهن بالبيع . وأما وجه التشبيه فهو تعلق حق الغير بوكالة الوكيل وبطلان حق ذلك الغير عند صحة العزل في غيبته (قال) أى القدورى في مختصره (فإن لم يبلغه العزل) أى فإن لم يبلغ الوكيل خبر عزل الموكل إياه (فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم) أى حتى يعلم الوكيل عزله ، وهذا عندنا وبه قال الشافعى في قول ومالك في رواية وأحمد في رواية . وقال الشافعى في الأصح : ينزل ، وبه قال مالك في رواية وأحمد في رواية ، لأن نفوذ الوكالة لحق الموكل له فهو بالعزل يسقط حق نفسه ، والمرء ينفرد بإسقاط حق نفسه ؛ ألا يرى أنه يطلق زوجته ويعتق عبده بغير علم منهما ، ولأن الوكالة للموكل لا عليه ، فلو لم ينفرد الموكل قبل علم الوكيل به كان ذلك عليه من وجه ، وذلك لا يجوز . ولكننا نقول : العزل خطاب ملزم للوكيل بأن يمتنع من التصرف ، وحكم الخطاب لا يثبت في حق المخاطب ما لم يعلم به كخطاب الشرع ، فإن أهل قباء كانوا يصلون إلى بيت المقدس بعد الأمر بالتوجه إلى الكعبة ، وجوز لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم حين لم يعلموا ، وكذلك كثير من الصحابة رضى الله عنهم شربوا الخمر بعد نزول تحريمها قبل علمهم بذلك ، وفيه نزل قوله تعالى - ليس على الذين آمنوا وعلوا الصالحات جناح فيما طعموا - وهذا لأن الخطاب مقصود للعمل ، ولا يتمكن من العمل ما لم يعلم به ، ثم إن الفقه فيما نحن فيه ما ذكره المصنف بقوله (لأن في العزل) أى في عزل الوكيل من غير علمه (إضرارا به) أى بالوكيل من وجهين : أحدهما أشار إليه بقوله (من حيث إبطال ولايته) فإن في إبطال ولايته تكذيبا له لأن الوكيل يتصرف لموكله على ادعاء أنه له ولاية ذلك بالوكالة ، وفي عزله من غير علمه تكذيب له فيما ادعاه لبطلان ولايته بالعزل ، وتكذيب الإنسان فيما يقول ضرر عليه لاحتماله . والثاني ما أشار إليه بقوله (أو من حيث رجوع الحقوق إليه) أى إلى الوكيل فإنه يتصرف فيها بناء على رجوعها إليه (فينقذ من مال الموكل) إن كان وكيلا بالشراء (ويسلم المبيع) إن كان وكيلا بالبيع ، فلو كان معزولا قبل العلم كان التصرف

يدى عدل وشرط في الرهن أن يكون العدل مسلطا على البيع ثم أراد الراهن أن يعزل العدل عن البيع ليس له ذلك لأن البيع صار حقا للمرتهن وبالعزل يبطل هذا الحق . فإن قيل : عزل الراهن العدل عن البيع لا يصح وإن كان بحضرة المرتهن ما لم يرض به ، بخلاف عزل الموكل وكيلا بالخصومة فإنه صحيح إذا كان بحضرة الطالب رضى به أو لا ، ولو كانتا متشابهتين لما وقعت بينهما هذه التفرقة . أجيب بأن مدار جواز العزل وعدمه على بطلان الحق وعدمه فإذا بطل الحق بطل العزل ، وفي الوكيل بالخصومة لم يبطل الحق بالعزل بحضرة لما تقدم فكان جائزا ، وأما في مسئلة الرهن فلو صح العزل بحضرة المرتهن بطل حقه في البيع أصلا إذ لا يمكن أن يطالب الراهن بالبيع . قال (فإن لم يبلغه العزل فهو على وكالته الخ) إذا عزل الوكيل ولم يبلغه عزله فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم لأن في عزله إضرارا به من وجهين : أحدهما من حيث بطلان ولايته لأن الوكيل يتصرف على

(قوله ثم أراد الراهن الخ) أقول : الأظهر أن يقول بدل قوله ثم أراد فإنه إذا أراد (قوله ليس له ذلك) أقول : استئناف بياني .

فيضمنه فيتضرر به ، ويستوى الوكيل بالنكاح وغيره للوجه الأول ، وقد ذكرنا اشتراط العدد أو العدالة في المخبر فلا نعيده . قال (وتبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا ولحاقه بدار الحرب مرتدا)

واقعا له (فيضمنه) أى فيضمن ما نقده وما سلمه (فيتضرر به) والضرر مدفوع شرعا . ثم إن الوجه الأول عام يشمل جميع التصرفات من النكاح والطلاق والبيع والشراء وغير ذلك . وأما الوجه الثاني فمختص بالتصرفات التى ترجع فيها الحقوق إلى الوكيل دون الموكل كالبيع والشراء ونحوهما . وعن هذا قال المصنف (ويستوى الوكيل بالنكاح وغيره للوجه الأول) يعنى أن الوكيل بالنكاح وغيره سياتى في الحكم المذكور وهو عدم انزال الوكيل قبل العلم بالعزل نظرا إلى الوجه الأول . وفى الذخيرة : وكذلك الوكيل إذا عزل نفسه لا يصح عزله من غير علم الموكل ولا يخرج عن الوكالة انتهى . وهكذا ذكر فى سائر معتبرات الفتاوى . قال فى المحيط البرهاني : وإذا جحد الموكل الوكالة وقال لم أوكله لم يكن ذلك عزلا ، هكذا ذكر فى الأجتناس فى مسائل البيوع ، وفى مسائل الغصب من الأجتناس أيضا : إذا قال اشهدوا أنى لم أوكل فلانا فهذا كذب وهو وكيل لا ينزل ، وبعض مشايخنا ذكروا فى شروطهم أن جحد الموكل الوكالة عزل للوكيل . وذكر شيخ الإسلام فى شرح كتاب الشركة أن جحد ماعدا النكاح فسخ له انتهى . وهكذا ذكر فى الذخيرة أيضا . قال المصنف (وقد ذكرنا اشتراط العدد أو العدالة فى المخبر) أشار به إلى ما ذكره فى فصل القضاء بالمواريث من كتاب أدب القاضى بقوله ولا يكون النهى عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل الخ (فلا نعيده) لعدم الاحتياج إلى الإعادة . اعلم أن الوكالة تثبت بخبر الواحد حرا كان أو عبدا عدلا كان أو فاسقا ، رجلا كان أو امرأة ، صبييا كان أو بالغا ، وكذلك العزل عندهما ، وعند أى حنفية لا يثبت العزل إلا بخبر الواحد العدل أو بخبر الاثنين إذا لم يكونا عدلين . ثم إن هذا الاختلاف فيما إذا لم يكن الخبر على وجه الرسالة . وأما إذا كان على وجهها فيثبت به العزل بالاتفاق ، كائنا من كان الرسول ، عدلا كان أو غير عدل ، حرا كان أو عبدا ، صغيرا كان أو كبيرا ، نص عليه فى البدائع . وقال فى تعليقه : لأن الرسول قائم مقام المرسل وسفير عنه فتصح سفارته بعد أن صحت عبارته على أى صفة كان (قال) أى القدورى فى مختصره (وتبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا) بالباء المكسورة : أى دائما ، ومنه الحمى المطبقة : أى الدائمة التى لا تفارق ليلا ولا نهارا ، وقيل مطبقا : أى مستوعبا ، من أطبق الغيم السماء ، إذا استوعبها (ولحاقه) بفتح اللام : أى وتبطل بلحاق الموكل (بدار الحرب مرتدا) وفى الذخيرة قالوا : ما ذكر من الجواب فى الجنون المطبق محمول على ما إذا كانت الوكالة غير لازمة بحيث يملك الموكل العزل فى كل ساعة وزمان كالوكيل بالخصومة من جانب الطالب ، وأما إذا كانت الوكالة لازمة بحيث لا يملك الموكل العزل كالعدل إذا سلط على بيع الرهن وكان التسليط مشروطا فى عقد الرهن فلا ينزل الوكيل بجنون الموكل وإن كان الجنون مطبقا ، وهذا لأن الوكالة إذا كانت غير لازمة يكون لبقائها حكم الإنشاء ، ولأن إنشاء الموكل الوكالة بعد ما جن جنونا مطبقا لا يصح ، فكذا لا تبقى الوكالة إذا صار الموكل بهذه الصفة . وأما إذا

ادعاء أن له ولاية ذلك ، وفى العزل من غير علمه تكذيب له فيما ادعاه لبطلان ولايته ، وضرر التكذيب ظاهر لا محالة . والثانى من حيث رجوع الحقوق إليه فإنه ينقد من مال الموكل إن كان وكبلا بالشراء ويسلم المبيع إن كان وكبلا بالبيع ، فإذا كان معزولا كان التصرف واقعا له بعد العزل فيضمنه فيتضرر به ، والوكيل بالنكاح وغيره سياتى فى الوجه الأول ، وقد ذكرنا اشتراط العدد أو العدالة فى المخبر فى فصل القضاء بالمواريث فى كتاب أدب القاضى فلا يحتاج إلى الإعادة . قال (وتبطل الوكالة بموت الموكل الخ) قد تقدم أن من الوكالة ما يجوز للموكل فيه أن يعزل الوكيل من غير توقف على رضا أحد ، ومنها ما لا يجوز ذلك فيه إلا برضا الطالب ، فى الأول تبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا ولحاقه بدار الحرب مرتدا ، لأن التوكيل

(قال المصنف : ولحاقه بدار الحرب مرتدا) أقول : اللحاق بفتح اللام مصدر كالذهاب . قال الزيلعى : المراد بلحاقه دار الحرب مرتدا أن يحكم الحاكم بلحاقه ، لأن لحاقه لا يثبت إلا بحكم الحاكم انتهى . هذا لا يوافق ما فى الهداية كما لا يخفى ، إذ يكون الحكم المذكور فى اللحاق على قولهما حينئذ فإن تبطل صيغة الاستقبال .

لأن التوكيل تصرف غير لازم فيكون لدوامه حكم ابتدائه فلا بد من قيام الأمر وقد بطل بهذه العوارض، وشرط أن يكون الجنون مطبقاً لأن قليله

كانت الوكالة لازمة بحيث لا يقدر الموكل على عزله لا يكون لبقاء الوكالة حكم الإنشاء ، وكان الوكيل في هذه الوكالة بمنزلة المالك من حيث أنه لا يملك الموكل عزله . ومن ملك شيئاً من جهة أخرى ثم جن المملك فإنه لا يبطل ملكه ، كما لو ملك حيناً فكذا إذا ملك التصرف ، وبهذا الطريق إذا جعل أمر امرأته بيدها ثم جن الزوج لا يبطل الأمر انتهى . وفي غاية البيان قال في التتمة والفتاوى الصغرى : وهذا كله في موضع يملك الموكل عزله ، أما في موضع لا يملك عزله كالعدل في باب الرهن والأمر باليد للمرأة فإنه لا ينزل الوكيل بموت الموكل وجنونه ، والوكيل بالخصومة بالتماس الخصم ينزل بموت الموكل وجنونه ، والوكيل بالطلاق ينزل بجنون الموكل استحساناً ولا ينزل قياساً انتهى . أقول : في المنقول عن التتمة والفتاوى الصغرى إشكال ، لأن الظاهر من عبارته أن يكون الأمر باليد للمرأة من باب التوكيل ، وليس كذلك فإنه من باب التمليك لا التوكيل على ما تقرر فيما مر في باب تفويض الطلاق من كتاب الطلاق ، بخلاف عبارة الذخيرة كما لا يخفى على المتأمل . ثم أقول : فيما بقي هاهنا شيء ، وهو أن تقسيمهم الوكالة على اللازمة وغير اللازمة وحملهم الجواب في الجنون المطبق على الثانية دون الأولى ينافي ما ذكرنا في صدر كتاب الوكالة من أن صفة الوكالة هي أنها عقد جائز غير لازم حتى يملك كل واحد من الموكل والوكيل العزل بدون رضا صاحبه ، إذ الظاهر أن المذكور هناك صفتها العامة لجميع أنواعها ، اللهم إلا أن يقال : الأصل في الوكالة عدم الزوم ، والزوم في أحد القسمين المذكورين لعارض وهو تعلق حق الغير به على عكس ما قالوا في البيع بالخيار كما سيأتي فتأمل . قال المصنف في تعليل مسئلة الكتاب (لأن التوكيل تصرف غير لازم) قال صاحب العناية في تعليل هذه المقدمة : إذ الزوم عبارة عما يتوقف وجوده على الرضا من الجانبين ، وهاهنا ليس كذلك لأن كلا منهما ينفرد في فسخها ، فإن للوكيل أن يمنع نفسه عن الوكالة وللموكل أن يمنع الوكيل عنها انتهى . وقد سبقه تاج الشريعة إلى هذا التعليل . أقول : فيه خلل ، لأن توقف الوجود على الرضا من الجانبين متحقق في كل عقد لازم أو غير لازم ، وإنما اللازم ما يتوقف فسخه على الرضا من الجانبين ، فقولهما إذ الزوم عبارة عما يتوقف وجوده على الرضا من الجانبين ليس بصحيح . والصواب أن يقال : إذ التصرف اللازم عبارة عما يتوقف فسخه على الرضا من الجانبين وهاهنا ليس كذلك (فيكون لدوامه) أي لدوام التوكيل (حكم ابتدائه) لأن التصرف إذا كان غير لازم كان المتصرف بسبيل من فسخه في كل لحظة من لحظات دوامه ، فلما لم يفسخ جعل امتناعه عن الفسخ عند تمككه منه بمنزلة ابتداء تصرف آخر من جنسه إنزالاً للمتضمن مكان المبتدئ والمنشئ كما قالوا في قوله تعالى - أولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى - فصار كأنه يتجدد عقد الوكالة في كل ساعة فينتهي ، فكان كل جزء منه بمنزلة ابتداء العقد (فلا بد من قيام الأمر) أي فلا بد من قيام أمر الموكل بالتوكيل في كل ساعة إذا كان لابد من أمره بذلك في ابتداء العقد ، فكذا فيما هو بمنزلة (وقد بطل) أي أمر الموكل (بهذه العوارض) وهي الموت والجنون والارتداد . فإن قيل : البيع بالخيار غير لازم ومع ذلك لا يبطل البيع بالموت بل يتقرر ويبطل الخيار . قلنا : الأصل في البيع الزوم وعدم الزوم بسبب العارض وهو الخيار ، فإذا مات تقرر الأصل وبطل العارض ، كذا في الشروح (وشرط) أي شرط في بطلان الوكالة (أن يكون الجنون مطبقاً لأن قليله) أي قليل

تصرف غير لازم ، إذ الزوم عبارة عما يتوقف وجوده على الرضا من الجانبين ، وهاهنا ليس كذلك لأن كلا منهما ينفرد في فسخها ، فإن للوكيل أن يمنع نفسه عن الوكالة وللموكل أن يمنع الوكيل عنها ، وكل تصرف غير لازم لدوامه حكم ابتدائه ، لأن المتصرف بسبيل من نقضه في كل لحظة فصار كأنه يتجدد عقد الوكالة في كل ساعة فينتهي فكان كل جزء منه بمنزلة ابتداء العقد ،

(قوله إذ الزوم عبارة عما يتوقف وجوده) أقول : فيه مسأحة لعل هنا سهواً ، والصحيح عما يتوقف رفع وجوده وإلا فالبيع بالخيار يتوقف وجوده على رضا الجانبين ، ويصرح بعد أسطر بأنه غير لازم (قوله لأن كلا منهما ينفرد في فسخها) أقول : مع أن أفراد أحدهما

بمنزلة الإنعفاء ، وحدّ المطبق شهر عند أبي يوسف اعتباراً بما يسقط به الصوم . وعنه أكثر من يوم وليلة لأنه تسقط به الصلوات الخمس فصار كالميت . وقال محمد : حول كامل لأنه يسقط به جميع العبادات فقدّر به احتياطاً . قالوا : الحكم المذكور في اللحاق قول أبي حنيفة لأن تصرفات المرتد موقوفة عنده فكذا وكالته ،

الجنون (بمنزلة الإنعفاء) فلا تبطل به الوكالة كما لا تبطل بالإنعفاء (وحدّ المطبق) أي حدّ الجنون المطبق (شهر عند أبي يوسف) وروى ذلك أبو بكر الرازي عن أبي حنيفة (اعتباراً بما يسقط به الصوم) أي صوم شهر رمضان . وقال في الواقعات الحسامية في باب البيوع الخائفة : والخيار ما قاله أبو حنيفة أنه مقدّر بالشهر ، لأن مادون الشهر في حكم العاجل فكان قصيراً ، والشهر فصاعداً في حكم الآجل فكان طويلاً (وعنه) أي عن أبي يوسف (أكثر من يوم وليلة لأنه تسقط به الصلوات الخمس فصار) أي فصار من جنّ في هذه المدة (كالميت) فلا يصلح للوكالة (وقال محمد : حول كامل) قال الناطقي في الأجناس : قال ابن سماعة في نواحه : قال محمد في قوله الأول : حتى يجنّ يوماً وليلة فيخرج الوكيل من الوكالة ، ثم رجع وقال : حتى يجنّ شهراً ، ثم رجع وقال : حتى يجنّ سنة (لأنه يسقط به) أي بالحوّل الكامل (جميع العبادات) وأما ما دون الحول فلا تسقط به الزكاة لأن وجوبها مقدّر بالحوّل فلا يكون في معنى الموت (فقدّر به) أي فقدّر حدّ الجنون المطبق بالحوّل الكامل (احتياطاً) قال في الكافي : وهو الصحيح ، وكذا قال في التبيين (قالوا) أي المشايخ (الحكم المذكور في اللحاق) أي الحكم المذكور في اللحاق في مختصر القدوري ، وهو ما ذكر قبل هذا بقوله : ولحقاً بهدار الحرب مرتدّاً (قول أبي حنيفة لأن تصرفات المرتد موقوفة عنده فكذا وكالته) قال المصنف في باب أحكام المرتدين من كتاب السير : أعلم أن تصرفات المرتد على أربعة أقسام : نافذ بالاتفاق كالاستيلاء والطلاق لأنه لا يفتقر إلى حقيقة الملك وتام الولاية ، وباطل بالاتفاق كالتركاح والذبيحة لأنه يعتمد الملة ولا ملة له ، وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة لأنها تعتمد المساواة ولا مساواة بين المسلم والمرتد ما لم يسلم ، ومختلف في توقفه وهو ماعدنائه اهـ . وقال الشراح هناك : يعني بقوله ماعدنائه ما ذكره بقوله وما باعه أو اشتراه أو أعتقه أو وهبه أو تصرف فيه من أمواله في حال رده فهو موقوف . أقول : فقد تلبّخ من ذلك أن مراده هاهنا أن بعض تصرفات المرتد

ولا بد في ذلك من الأمر فكذا فيما هو بمنزلة ، وقد بطل الأمر بهذه العوارض فلا تبقى الوكالة من هؤلاء كما لا تنعقد منهم ابتداء ، ونوقض بالبيع بالخيار فإنه غير لازم ويتقرر بالموت . وأجيب بأن الأصل في البيع لزوم وعدمه لعارض الخيار ، فإذا مات بطل العارض وتقرر الأصل ، وفي الثاني لا تبطل فلا تبطل في صورة تسليط العدل على بيع الرهن ، وفيما إذا جعل أمر أمراته بيدها لأن التوكيل في هذا النوع صار لازماً لتعلق حق الغير به فلا يكون لدوامه حكم ابتدائه فلا يلزم بقاء الأمر . وكلام المصنف عن بيان التقسيم ساكت وهو مما لا بد منه . والجنون المطبق بكسر الباء هو الدائم ، وشرط الإطباق في الجنون لأن قليله بمنزلة الإنعفاء فلا تبطل به الوكالة . وحدّ المطبق شهر عند أبي يوسف ، وروى ذلك أبو بكر الرازي عن أبي حنيفة اعتباراً بما يسقط به الصوم ، وعنه أكثر من يوم وليلة لأنه تسقط به الصلوات الخمس فصار كالميت وهو رواية عن محمد . وقال محمد آخر : حول كامل لأنه يسقط به جميع العبادات فقدّر به احتياطاً . قال المشايخ : الحكم المذكور في اللحاق قول أبي حنيفة رحمه الله لأن تصرفات المرتد عنده موقوفة والوكالة من حملتها فنكون موقوفة ، فإن أسلم نفذت ، وإن قتل أو لحق بهدار الحرب بطلت ، فأما

يكنى في انتفاء الزوم (قوله فكذا فيما هو بمنزلة) أقول : الضمير في قوله بمنزلة راجع إلى قوله ابتداء في قوله بمنزلة ابتداء العقد (قوله ونوقض بالبيع بالخيار فإنه الخ) أقول : فيه مغالطة ، فإن المقرر هو البيع لا الخيار ، وهذا هو خلاصة الجواب (قوله وكلام المصنف عن بيان التقسيم ساكت الخ) أقول : لا يقال إنما لم يصرح بالتقسيم لانفهامه من التعليل مع ما أسلفه من قوله إلا إذا تعلق به حق الغير الخ لأنه لا دلالة فيما سبق من كلامه على لزوم بعض الوكالات أصلاً فلا ينفعهم التقسيم كما لا يخفى فليتأمل (قوله يسقط به جميع العبادات) أقول : حتى الزكاة (قوله وإن قتل أو لحق بهدار الحرب بطلت) أقول : ماسبق ويبطل ما بعده .

فإن أسلم نفذ ، وإن قتل أولحق بدار الحرب بطلت الوكالة ، فأما عندهما تصرفاته نافذة فلا تبطل وكالته إلا أن يموت أو يقتل على ردة أو يحكم بلحاقه وقد مر في السير ، وإن كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالته حتى تموت أو تلحق بدار الحرب لأن ردتها لا تؤثر في عقودها على ما عرف .

موقوف عنده . فكذا وكالته لكونها في حكم ذلك . ولكن عبارته غير واضحة في إفادة المراد (فإن أسلم نفذ) أي فإن أسلم المرتد نفذ تصرفه السابق (وإن قتل أولحق بدار الحرب بطلت الوكالة ، فأما عندهما فتصرفاته نافذة فلا تبطل وكالته إلا أن يموت أو يقتل على ردة أو يحكم بلحاقه) حتى يستقر أمر اللحاق (وقد مر في السير) أي مركون تصرف المرتد موقوفا عند أبي حنيفة نافذا عندهما مع ذكر دليل الطرفين مستوفى في باب أحكام المرتدين من كتاب السير . واستشكل صاحب التسهيل هذا المقام حيث قال : فيما نسب إلى أبي حنيفة نظر . إذ المرتد إذا لحق بدار الحرب ولم يحكم به الحاكم حتى عاد مسلما صار كأن لم يزل مسلما عند أبي حنيفة أيضا فكيف يبطل توكيله وسائر تصرفاته قبل أن يقضى بذلك . وقول أبي حنيفة في السير إنه حربي مقهور غير أنه يرجى إسلامه فتوقفنا ، فإن أسلم جعل العارض كالعدم ولم يعمل السبب . وإن مات أو لحق وحكم بلحاقه استقر كرهه فعمل السبب يدل على عدم بطلان تصرفه بمجرد اللحاق . بل لا بد من الحكم به فينبغي أن يكون حكم الموكل كذلك لا يبطل توكيله بمجرد لحاقه عنده اه كلامه . وأقول : هناكلام آخر وهو أن الإمام قاضيخان ذكر في فتاواه ماينافي مانقله المصنف هاهنا عن المشايخ حيث قال في فصل مايبطل الارتداد من باب الردة وأحكام أهلها من كتاب السير : وإن وكل رجلا ثم ارتد الموكل ولحق بدار الحرب ينزل وكيله في قولهم اه ، فإنه صريح في أن الحكم المذكور في اللحاق قولهم جميعا لا قول أبي حنيفة فقط . فإن قلت : يجوز أن يكون المراد باللحاق لدار الحرب فيما ذكر في فتاوى قاضيخان أن يحكم الحاكم بلحاقه بها . قلت : ظاهر اللفظ لا يساعد ذلك . فإن جاز حمله عليه بدلالة القرائن والقواعد فلم لا يجوز الحمل عليه في مسألة الكتاب أيضا حتى تكون المسئلة لإجماعه ويتخلص عن التكلف الذي ارتكبه في تخصيصها بقول أبي حنيفة . ثم أقول : الحق عندي أن المراد بما ذكر في الكتاب اللحاق مع قضاء القاضي به دون مجرد اللحاق فالمسئلة لإجماعه . وعن هذا قال الإمام الزيلعي في شرح هذا المقام من الكنز : والمراد بلحاقه بدار الحرب مرتدا أن يحكم الحاكم بلحاقه ، لأن لحاقه لا يثبت إلا بحكم الحاكم ، فإذا حكم به بطلت الوكالة بالإجماع اه . وما يؤيد كون المراد باللحاق المبطل للوكالة اللحاق مع قضاء القاضي به دون مجرد اللحاق أن أساطين المشايخ قيدوا اللحاق بقضاء القاضي به عند بيانهم بطلان تصرفات المرتد عند أبي حنيفة بالموت والقتل واللحاق بدار الحرب ، منهم صاحب المحيط ، فإنه قال بصدد بيان الأنواع الأربعة لتصرفات المرتد ونوع منها اختلفوا في نفاذه وتوقفه وذلك كالبيع والشراء والإجارة والتدبير والكتابة والوصية وقبض الديون ، فعند أبي حنيفة توقف هذه التصرفات ، فإن أسلم نفذ ، وإن مات أو قتل على ردة أو لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاقه تبطل ، وعندهما تنفذ هذه التصرفات اه . ومنهم الإمام قاضيخان ، فإنه قال في فتاواه أثناء بيان الوجوه الأربعة لتصرف المرتد : ومنها ما اختلفوا في توقفه نحو البيع والشراء والإجارة والإعتاق والتدبير والكتابة والوصية وقبض الديون عند أبي حنيفة . هذه التصرفات موقوفة ، فإن أسلم نفذت ، وإن مات أو قتل أو قضى بلحاقه بدار الحرب تبطل ، وعند صاحبيه تنفذ في الحال اه . إلى غير ذلك من الثقات ، حتى أن صاحب الوقاية قال في باب المرتد : وتوقف مفاوضته وبيعه وشرائه وهبته وإجارته وتدبيره ووصيته ، إن أسلم نفذ ، وإن مات أو قتل أولحق وحكم به بطل اه (وإن كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالته) أي بالإجماع (حتى تموت أو تلحق بدار الحرب لأن ردتها لا تؤثر في عقودها) لأنها لا تقتل (على ما عرف) في السير . قال بعض العلماء بعد نقل هذا من الهداية : ويعلم من هذا أن الرجل

عندهما تصرفاته جائزة فلا تبطل وكالته إلا أن يموت أو يقتل على ردة أو يحكم بلحاقه حتى يستقر أمر اللحاق ، وقد مر في السير : أي كون تصرف المرتد موقوفا أو نافذا في باب أحكام المرتدين ، وإن كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل وكيل حتى تموت أو تلحق بدار الحرب ، لأن ردتها لا تؤثر في عقودها لأنها لا تقتل ، ما خلا التوكيل بالتزويج فإن ردتها تخرج الوكيل به

(قال المصنف : وإن قتل أو لحق بدار الحرب بطلت الوكالة) أقول : ولقد أصاب المحز حيث اختار صيغة المضى هنا وصيغة الاستقبال في بيان مذهبهما لأن عنده تبطل تصرفاته السابقة على القتل أو اللحاق أيضا ، وعندهما لا تبطل تصرفاته السابقة فليتأمل .

قال (وإذا وكل المكاتب ثم عجز أو المأذون له ثم حجر عليه أو الشريكان فافترقا : فهذه الوجوه تبطل الوكالة على الوكيل ، علم أو لم يعلم) لما ذكرنا أن بقاء الوكالة يعتمد قيام الأمر وقد بطل بالحجر والعجز والافتراق ،

الموكل إذا ارتد تبطل وكالته بمجرد الارتداد بدون اللحاق ، فينبغي أن يقول في قوله السابق وارتداه بدل قوله ولحقه بدار الحرب مراد انتهى . أقول : هذا خبط منه ، فإنه زعم أن مراد المصنف بقوله فالوكيل على وكالته حتى تموت أو تلحق بدار الحرب أن وكالته لا تبطل قبل موت موكلته المرتدة أو لحوقها بدار الحرب ، وأخذ منه بطريق مفهوم المخالفة أن الرجل الموكل إذا ارتد تبطل وكالته بمجرد الارتداد بدون اللحاق ، وليس مراده ذلك : بل مراده أن تصرف الوكيل نافذ قبل موت موكلته المرتدة أو لحوقها بدار الحرب بالإجماع ، بخلاف ما إذا كان الموكل رجلا فارتد فإن تصرف الوكيل ليس نافذ هناك عند أبي حنيفة بعد ارتداد موكله ، بل هو موقوف عنده على مامر بيانه فافترقا . وأما بطلان الوكالة فلا يتحقق في صورتين معا قبل الموت أو اللحاق بدار الحرب فاننظم السابق واللاحق . ثم اعلم أن كون الوكيل على وكالته في صورة إن كان الموكل امرأة فارتدت فيما خلا التوكيل بالتزويج فإن ردتها تخرج الوكيل بالتزويج من الوكالة لأنها حين كانت مالكة للعقد وقت التوكيل تثبت الوكالة في الحال ، ثم بردتا تخرج من أن تكون مالكة للعقد فيكون ذلك عزلا منها لوكيلها ، فبعد ما انزل لا يعود وكيلها إلا بالتجديد ، كذا في المبسوط . وذكر في الشروح (قال) أي القدوري في مختصره (وإذا وكل المكاتب ثم عجز) أي عجز عن أداء بدل الكتابة فعاد إلى الرق (أو المأذون له) أي أو وكل العبد المأذون له (ثم حجر عليه) أي على المأذون له وكان التوكيل في هاتين الصورتين بالعقود أو الخصومات (أو الشريكان) أي أو وكل أحد الشريكين ثالثا بشيء مما لم يله بنفسه (فافترقا) أي فافترقا الشريكان بعد التوكيل (فهذه الوجوه) أي العجز والحجر والافتراق (تبطل الوكالة على الوكيل علم) . أي علم الوكيل بذلك (أو لم يعلم لما ذكرنا أن بقاء الوكالة يعتمد قيام الأمر وقد بطل) أي قيام الأمر (بالحجر) في المأذون له (والعجز) في المكاتب (والافتراق) في الشريكين ، وأما إذا كان توكيل المكاتب أو العبد المأذون له بقضاء الدين أو التقاضي فلا يبطل ذلك التوكيل بعجز المكاتب ولا بالحجر على المأذون له ، لأن في كل شيء وليه العبد لا تسقط المطالبة عنه بالحجر عليه بل يبقى هو مطالبا بإيفائه ، وله ولاية مطالبة استيفاء ما وجب له لأن وجوبه كان بعقده ، فإذا بقي حقه بقي وكيله على الوكالة كما لو وكله ابتداء بعد العجز أو الحجر بعد انعقاد العقد مباشرة ، وكذا إذا وكل أحد المتفاوضين وكيله بشيء هو وليه ثم افترقا واقتسما وأشهدا أنه لا شركة بينهما ثم أمضى الوكيل ما وكل به وهو معلم أو لا يعلم جاز ذلك عليهما ، لأن توكيل أحدهما في حال بقاء عقد المفاوضة كتوكيلهما فصار وكيلهما من جهتهما جميعا فلا ينزل بنقضهما الشركة بينهما ، كذا في المبسوط . قال صاحب العناية بعد نقل هذا عن المبسوط : ولقائل أن يقول : هذا لا يفصل بين ما وليه وبين ما لم يله ، فما الفارق ؟ والجواب أن أحد المتفاوضين إذا وكل فيما وليه كان لتوكيله جهتان : جهة مباشرة ، وجهة كونه شريكا ، فإن بطلت جهة كونه شريكا بفسخ الشركة لم تبطل الأخرى وهي مستندة إلى حال المفاوضة ، وتوكيل أحدهما فيها كتوكيلهما فتبقى في حقهما ، وإذا وكل فيما لم يله كان لتوكيله جهة كونه شريكا لا غير وقد بطلت بفسخ الشركة فتبطل في حقهما جميعا إلى هنا كلامه . واعلم أنه إذا وكل أحد شريكي العنان وكيله ببيع شيء من شركتهما جاز عليه وعلى صاحبه استحسانا ، وكان للقياس أن لا يجوز لأن كل واحد من الشريكين وكيل من جهة صاحبه في التصرف ، وليس للوكيل أن يوكل غيره إذا لم يأمره الموكل بذلك . وجه الاستحسان أن كلا من الشريكين في حق صاحبه بمنزلة وكيل فوض الأمر إليه على العموم ، لأن مقصودهما تحصيل الربح وذلك قد لا يحصل بتصرف

من الوكالة ، لأنها حين كانت مالكة للعقد وقت التوكيل تثبت الوكالة في الحال ثم بردتا تخرج من أن تكون مالكة للعقد فيكون ذلك عزلا منها لوكيلها ، فبعد ما انزل لا يعود وكيلها إلا بالتجديد . قال (وإذا وكل المكاتب ثم عجز الخ) وإذا وكل المكاتب ثم عجز أو العبد المأذون له ثم حجر عليه وكان التوكيل بالبيع أو الشراء بطلت الوكالة ، علم بذلك الوكيل أو لم يعلم . وإذا وكل أحد الشريكين ثالثا بشيء مما لم يله بنفسه فافترقا فكذلك لما ذكرنا أن بقاء الوكالة يعتمد قيام الأمر وقد بطل بالعجز والحجر

ولا فرق بين العلم وعدمه لأن هذا عزل حكى فلا يتوقف على العلم

واحد فصار مأذونا من جهة صاحبه بالتوكيل . قال صاحب غاية البيان : قال الشيخ أبو نصر البغدادي : وهذا الذي ذكره القدوري جميعه جار على الأصل إلا في الشريكين ، وفيما ذكره صاحب الكتاب نظر . إلى هنا لفظه . يعنى أن أحد شريكي العنان أو المفاوضة إذا وكل وكيلاً ثم افترقا بطلت الوكالة على ما ذكره القدوري . ولكن ذلك خلاف الرواية الأخرى ؛ ألا يرى إلى ما قال محمد في الأصل : وإذا وكل أحد المتفاوضين وكيلاً بشيء مما ذكرت لك وهو الذي ولى ذلك ثم افترقا واقتسما وأشهدا أنه لاشركة بينهما ثم إن الوكيل أمضى الذي كان وكل به وهو يعلم أو لا يعلم فإنه يجوز ذلك كله عليهما جميعاً . وكذلك لو كانا وكلاهما جميعاً لأن وكالة أحدهما جائزة على الآخر . وليس تفرقهما ينقض الوكالة . إلى هنا لفظ محمد في باب وكالة أحد المتفاوضين . ثم قال صاحب الغاية : والعجب من صاحب الهداية أنه أسهم الأمر ولم يتعرض لكلام القدوري . والغالب على ظني أن القدوري أراد بذلك الوكالة الثانية في ضمن عقد الشركة لا الوكالة الابتدائية القصدية . لأن المتضمن وهو عقد الشركة إذا بطل بطل مافى ضمنه لا محالة ، وإلا يلزم أن يكون قوله مخالفاً للرواية لا محالة انتهى . أقول : إن قوله وإلا يلزم أن يكون قوله مخالفاً للرواية لا محالة ليس بتام لا محالة ، إذ على تقدير أن يكون مراده الوكالة الابتدائية كما هو المتبادر من كلامه لا يكون قوله مخالفاً للرواية المذكورة بحمله على التوكيل بشيء لم يله الموكل بنفسه كما فصلناه من قبل . وفي الرواية المذكورة أيضاً إشارة إلى ذلك ، فإن قول محمد في الأصل : وإذا وكل أحد المتفاوضين وكيلاً بشيء مما ذكرت لك وهو الذي ولى ذلك احتراز عن التوكيل بشيء لم يله الموكل بنفسه كما لا يخفى . لا يقال : مراد صاحب الغاية وإلا يلزم أن يكون ظاهر إطلاق قوله مخالفاً للرواية فلا ينافيه التطبيق بتقييد وتأويل . لأننا نقول : هذا المعنى مشترك الالتزام ، فلا وجه لذلك القول بعد أن قيده أيضاً ، وأوله بتأويل بعيد كما ترى (ولا فرق بين العلم وعدمه) أى لا فرق في الوجوه المذكورة بين علم الوكيل بسبب بطلان الوكالة وعدم علمه بذلك (لأن هذا عزل حكى) أى عزل عن طريق الحكم (فلا يتوقف على العلم) إذ العلم شرط للعزل القصدي

والافتراق ، ولا فرق بين العلم وعدمه لأنه عزل حكى فلا يتوقف على العلم ، كالتوكيل بالبيع إذا باعه الموكل ، وأما إذا وكل المكاتب أو المأذون له بقضاء الدين أو التقاضي فإنها لا تبطل بالعجز والحجر لأن العبد مطالب بإيفاء ما وليه ، وله ولاية مطالبة استيفاء ما وجب له لأن وجوبه كان بعقده ، فإذا بقي حقه بقي وكيله على الوكالة كما لو وكله ابتداء بعد الحجر بعد انعقاد العقد بمباشرة ، وكذا إذا وكل أحد المتفاوضين وكيلاً بشيء هو وليه ثم افترقا واقتسما وأشهدا أنه لا شركة بينهما ثم أمضى الوكيل ما وكل به وهو يعلم أو لا يعلم جاز ذلك عليهما ، لأن توكيل أحدهما في حال بقاء عقد المفاوضة كتوكيلهما فصار وكيلاً من جهتهما جميعاً فلا ينزل بنقضهما الشركة بينهما ، كذا في المبسوط . ولقائل أن يقول : هذا لا يفصل بين ما وليه وبين ما لم يله ، فما الفارق ؟ والجواب أن أحد المتفاوضين إذا وكل فيما وليه كان لتوكيله جهتان : جهة مباشرته ، وجهة كونه شريكاً ، فإن بطلت جهة كونه شريكاً بفسخ الشركة لم تبطل الأخرى وهى مستندة إلى حال المفاوضة ، وتوكيل أحدهما فيها كتوكيلهما فتبقى في حقهما ، وإذا وكل فيما لم يله كان لتوكيله جهة كونه شريكاً لا غير وقد بطلت بفسخ الشركة فتبطل في حقهما جميعاً ، وإذا وكل أحد شريكي العنان وكيلاً ببيع شيء من شركتهما جاز عليه وعلى صاحبه استحساناً لأن كل واحد منهما في حق صاحبه

(قوله وكذا إذا وكل أحد المتفاوضين وكيلاً بشيء هو وليه) أقول : قوله هو راجع إلى أحد المتفاوضين ، والضمير في قوله وليه راجع إلى شيء . قال في النهاية : والشريكان فافترقا : أى وكل أحد الشريكين الثالث ، فهذه الوجوه تبطل الوكالة على الوكيل علم أو لم يعلم ، هذا فيما لم يله الوكيل بنفسه ، وأما في الذي وليه الوكيل بنفسه فلا تبطل الوكالة بالافتراق ، لأنه ذكر في باب وكالة المضارب من وكالة المبسوط ، وإذا وكل أحد المتفاوضين وكيلاً بشيء هو وليه ثم افترقا واقتسما وأشهدا أنه لا شركة بينهما انتهى . ولا يلحظ عليك أن صاحب النهاية أرجع الضمير المستتر في قول المبسوط وليه إلى الوكيل وهذا الشارح إلى أحد المتفاوضين . والأصح عندي إرجاعه إلى ما أرجع الشارح إليه ، وعليك بالتأمل الصادق (قوله لم تبطل الأخرى وهى مستندة) أقول : قوله هو راجع إلى قوله الأخرى (١٩ - تكملة فتح القدير حن - ٨)

كالوكيل بالبيع إذا باعه الموكل . قال (وإذا مات الوكيل أو جنّ جنونا مطبقا بطلت الوكالة) لأنه لا يصبح أمره بعد جنونه وموته (وإن لحق بدار الحرب مرتدّا لم يجز له التصرف إلا أن يعود مسلما قال : وهذا عند محمد ، فأما عند أبي يوسف لا تعود الوكالة . لمحمد أن الوكالة إطلاق لأنه

دون العزل الحكيم (كالوكيل بالبيع إذا باعه الموكل) أى إذا باع ما وكل ببيعه الموكل حيث يصير الوكيل معزولا حكما لفوات محل تصرف الوكيل (قال : أى القدورى فى مختصره (وإذا مات الوكيل أو جنّ جنونا مطبقا بطلت الوكالة) لما فرغ من العوارض المبطلّة للوكالة من جانب الموكل شرح فى العوارض المبطلّة لها من جانب الوكيل . قال المصنف فى تعليل ما ذكر (لأنه لا يصبح أمره) أى أمر الوكيل (بعد جنونه وموته) والأمر فى قوله لا يصبح أمره مصدر مضاف إلى المفعول ، ومعناه الأمر الذى كان مأمورا به لم يبق صحيحا ، وإنما عبر عنه بذلك لما ذكرنا أن لدوامه حكم الابتداء ، كذا فى العناية . أقول : هاهنا شائبة الاستدراك ، إذ لا يخفى على أولى النهى أن ذكر كون موت الوكيل مبطلا للوكالة قليل الجدوى لأنه بيّن غنى عن البيان . لا يقال : المراد بذلك دفع احتمال جريان الإرث من الوكيل فى حق الوكالة . لأننا نقول : احتمال ذلك مع كونه فى غاية البعد فى نفسه بناء على ظهور أن الموكل رضى برأى الوكيل لا برأى غيره لا يندفع بالتعليل الذى ذكره المصنف ، لأن الأمر بالوكالة وإن لم يبق صحيحا بالنظر إلى الوكيل الميت إلا أنه يحتمل أن يبقّى صحيحا بالنظر إلى وارثه الحى فلا يتم التقريب (وإن لحق) أى الوكيل (بدار الحرب مرتدّا لم يجز له التصرف إلا أن يعود) من دار الحرب إلى دار الإسلام (مسلما) هذا إذا حكم القاضى بلحاظه فإنه قال شيخ الإسلام فى الميسوط : وإن لحق الوكيل بدار الحرب مرتدّا فإنه لا يخرج عن الوكالة عندهم جميعا مالم يقض القاضى بلحاظه وهكذا أشار إليه شمس الأئمة السرخسى فى مبسوطه حيث قال : ولوارثه الوكيل ولحق بدار الحرب انتقضت الوكالة لانقطاع العصمة بين من هو فى دار الحرب وبين من هو فى دار الإسلام ، وإذا قضى القاضى بلحاظه فقدّر موته أو جعله من أهل دار الحرب فتبطل الوكالة انتهى ، كذا فى النهاية وغيرها (قال) أى قال المصنف (وهذا) أى جواز التصرف للوكيل عند عوده مسلما (عند محمد ، فأما عند أبي يوسف لا تعود الوكالة) أى وإن عاد مسلما (لمحمد أن الوكالة إطلاق) أى إطلاق التصرف (لأنه) أى الوكالة

كوكيل مأذون بالتوكيل لتحصيل ما هو المقصود وهو الربح فإنه قد لا يحصل بتصرف واحد وحصوله باثنين ، وكلام المصنف ساكت عن التفصيل فى المسئلتين جميعا كما ترى ، وفيه ما فيه . وقد أول بعض الشارحين كلام القدورى فى افتراق الشريكين بأن المراد به هو الوكالة التى كانت فى ضمن عقد الشركة ، فإنهما إذا افترقا بطلت الشركة المتضمنة لها فتبطل ما كانت فى ضمنها ، هذا على تقدير صحته يختص بمسئلة الشركة لا غير على أنه مخالف لعبارة للكتاب . قال (وإذا مات الوكيل أو جنّ جنونا مطبقا الخ) لما فرغ من العوارض المبطلّة للوكالة من جانب الموكل شرع فيها من جانب الوكيل ، فإذا مات الوكيل أو جنّ جنونا مطبقا بطلت الوكالة لأنه لا يصبح أمره بعد موته وجنونه ، والأمر مصدر مضاف إلى المفعول ، ومعناه الأمر الذى كان مأمورا به لم يبق صحيحا ، وإنما عبر عنه بذلك لما ذكرنا أن لدوامه حكم الابتداء ، وإن لحق بدار الحرب مرتدّا لم يجز أن يتصرف فيما وكل به

(قوله وكلام المصنف ساكت عن التفصيل فى المسئلتين جميعا الخ) أقول : الظاهر أنه أراد مسألة الشريكين ومسئلة المكاتب والمأذون عنهما واحدا لاتحادهما فى المملوكة والحجر (قوله وقد أول بعض الشارحين الخ) أقول : يعنى الإتقانى (قوله على أنه مخالف لعبارة الكتاب) أقول : فإن المعنى المفهوم من قوله إذا وكل أحد الشريكين أنه إذا وكله بعد عقد الشركة كما فى توكيل المأذون والمكاتب ، وأيضا لا يصح أن يفرد أحد الشريكين بفسخ عقد الشركة بدون علم صاحبه فلا يستقيم قوله علم أو لم يعلم . ويمكن أن يحمل على ما إذا هلك المالان أو أحدهما قبل الشراء ، فإن الشركة تبطل به وتبطل الوكالة التى كانت فى ضمنها علما بذلك أو لم يعلما لأنه عزل حكى إذا لم تكن الوكالة مصرحا بها عند عقد الشركة (قال المصنف : بطلت الوكالة لأنه لا يصبح أمره بعد جنونه وموته) أقول : يعنى لم يورث منه ، فى قوله لأنه لا يصبح أمره بحث (قوله ومعناه الأمر الذى كان مأمورا به) أقول : الضمير فى قوله به راجع إلى قوله الأمر (قوله وإنما عبر عنه بذلك الخ)

رفع المانع . أما الوكيل يتصرف بمعان قائمة به وإنما عجز بعارض اللحاق لتباين الدارين ، فإذا زال العجز والإطلاق باق عاد وكيلا . ولأبي يوسف أنه إثبات ولاية التنفيذ ، لأن ولاية أصل التصرف بأهليته وولاية التنفيذ بالملك وباللحاق لحق بالأموال وبطلت الولاية فلا تعود كملكه في أم الولد والمدبر .

بتأويل التوكيل أو العقد أو باعتبار الخبر (رفع المانع) فإن الوكيل كان ممنوعا شرعا عن أن يتصرف في شيء لموكله ، فإذا وكله رفع المانع (أما الوكيل يتصرف بمعان قائمة به) أي بالوكيل : يعني أن الوكيل لا يحدث فيه أهلية وولاية ، بل إنما يتصرف بمعان قائمة به وهي العقل والقصد إلى ذلك التصرف والذمة الصالحة له (وإنما عجز) أي وإنما عجز الوكيل عن التصرف (بعارض اللحاق لتباين الدارين) يعني أن الإطلاق باق من جهة الموكل بعد عروض هذا العارض ، ولكن إنما عجز الوكيل عن التصرف بهذا العارض (فإذا زال العجز والإطلاق باق عاد وكيلا) وفي المبسوط : ومحمد يقول : صححت الوكالة لحق الموكل وحقه قائم بعد لحاق الوكيل بدار الحرب ، ولكنه عجز عن التصرف بعارض والعارض على شرف الزوال ، فإذا زال يصير كأن لم يكن فبقى الوكيل على مكانته فصار بمنزلة ما لو أئتمى عليه زمانا ثم أفاق (ولأبي يوسف أنه) أي التوكيل (إثبات ولاية التنفيذ) أي تمليك ولاية تنفيذ التصرف في حق الموكل للوكيل لا إثبات ولاية أصل التصرف له (لأن ولاية أصل التصرف) ثابتة له (بأهليته) بلخس التصرف في حد ذاته (وولاية التنفيذ بالملك) أي وتمليك ولاية التنفيذ ملصق بالملك لأن التمليك بلا ملك غير متحقق فكان الوكيل مالكا للتنفيذ بالوكالة (وباللحاق) أي باللاحق بدار الحرب (لحق) أي الوكيل (بالأموال) فبطل الملك (وبطلت الولاية) أي إذا بطلت الولاية بطل التوكيل لثلاث يلزم تخلف المعلول عن العلة (فلا تعود) أي الولاية : يعني إذا بطلت الولاية فلا تعود (كملكه في أم الولد والمدبر) فإنه إذا لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاظه تعتق أم ولده ومدبره ثم يعود مسلما لا يعود ملكه فيهما ولا يرتفع العتق ، فكذلك الولاية التي بطلت لاتعود ، وأشار بقوله لحق بالأموال إلى أن وضع المسئلة فيما إذا قضى القاضي بلحاظه . وأما إذا لم يقض بذلك فلا يخرج الوكيل عن الوكالة عندهم جميعا كما ذكرنا من قبل : قال صاحب

إلا أن يعود مسلما . قال المصنف : وهذا عند محمد ، فأما عند أبي يوسف فلا تعود الوكالة وإن عاد مسلما . لمحمد أن التوكيل إطلاق لأنه رفع المانع ، ومعناه أن الوكيل كان ممنوعا شرعا أن يتصرف في شيء لموكله ، فإذا وكله رفع المانع ، وأما أن يحدث فيه أهلية وولاية فليس كذلك ، فإنه يتصرف بمعان قائمة به وهي العقل والقصد إلى ذلك التصرف والذمة الصالحة له ، والإطلاق باق من جهة الموكل بعد عروض هذا العارض . وإنما عجز الوكيل عن التصرف بعارض اللحاق لتباين الدارين ، فإذا زال العجز والإطلاق باق عاد وكيلا ، وهذا ينزع إلى تخصيص العلة ومخلصه معروف . ولأبي يوسف أنه إثبات ولاية التنفيذ ، ومعناه أن التوكيل تمليك ولاية التنفيذ ، فإن الوكيل إنما يملك تنفيذ تصرفه على موكله بالوكالة ، وولاية التنفيذ بالملك : أي تمليك ولاية التنفيذ ملصق بالملك لأن التمليك بلا ملك غير متحقق ، فكان الوكيل مالكا للتنفيذ بالوكالة وقد بطل الملك باللاحق لأنه لحق به بالأموال فصار كسائر أملاكه ، وإذا بطل الملك بطلت الولاية ، وإذا بطلت الولاية بطل التوكيل لثلاث تخلف العلة عن المعلول ، وإذا بطلت لاتعود كملكه في المدبر وأم الولد ، وأشار بقوله لحق بالأموال إلى أن فرض المسئلة فيما إذا قضى القاضي

أقول : أي عن عدم بقاء الصحة بسلب الصحة ، فإن قولنا لا يصح سلب حدوث الصحة (قوله وهذا ينزع إلى تخصيص العلة) أقول : وفي مباحث تقسيم العلة من التلويح أن الخلاف في تخصيص العلة إنما هو في الأوصاف المؤثرة في الأحكام لا في الملل التي هي أحكام شرعية كالعقود والفسوخ (قوله ومخلصه معروف) أقول : وهو جعل ارتفاع المانع جزءا من العلة والتفصيل في كتب الأصول (قوله ولأبي يوسف أنه إثبات الخ) أقول : لا يقال بعض المقدمات مستدركة لكفاية أن يقول إنه إثبات ولاية التنفيذ ولا ولاية باللاحق فلا توكيل ، لأن اللحاق يملكه في المدبر وأم الولد في عدم العود لا يكون بدون ملاحظة تلك المقدمات ، وفيه منع فإنه لم يكف الإلحاق في عدم العود وما المتعنى لملاحظة كونه ملكا (قوله فكان الوكيل مالكا) أقول : فيه نوع مصادرة حيث كان إثبات المقدمة الأولى بهذه المقدمة فليتأمل (قوله للتنفيذ بالوكالة) أقول : أي مالكا لولاية التنفيذ .

ولو عاد الموكل مسلماً وقد لحق بدار الحرب مرتداً لاتعود الوكالة في الظاهر . وعن محمد أنها تعود كما قال في الوكيل . والفرق له على الظاهر أن مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال وفي حق الوكيل على معنى قائم به ولم يزل باللاحق .

العناية : ببقى الكلام في قوله لأن ولاية أصل التصرف بأهليته فإنه بعيد التعلق عما استدل به عليه وهو قوله أنه إثبات ولاية التنفيذ إلا أن يتكلف فيقال : الوكيل له ولايتان : ولاية أصل التصرف . وولاية التنفيذ ، والأولى ثابتة له قبل التوكيل وبعده ، والثانية لم تكن ثابتة قبله . وإنما حدثت بعده ولم يتجدد عليه شيء سوى التوكيل فكانت ثابتة به انتهى . أقول : إن قوله لأن ولاية أصل التصرف بأهليته ليس بدليل على منطوق قوله إنه إثبات ولاية التنفيذ حتى يتوهم أنه بعيد التعلق عما استدل به عليه ، بل هو دليل على مفهوم ذلك ، وهو لا إثبات ولاية أصل التصرف كما أشرنا إليه في شرح هذا المقام من قبل ، فالمعنى أن التوكيل لإثبات ولاية التنفيذ للوكيل لا لإثبات ولاية أصل التصرف له ، حتى يجوز أن تعود الوكالة بعود الوكيل مسلماً كما قاله محمد ، لأن ولاية أصل التصرف ثابتة له بأهليته في حد ذاته ، فلا يتصور أن يثبتها الموكل له بالتوكيل ، وإن لم يسلم اعتبار مفهوم المخالفة في مثل ذلك فنقول : هو دليل على مقدمة مطوية مفهومة من الكلام بمعونة قرينة المقام وهي لا إثبات ولاية التصرف له فلا إشكال على كل حال (ولو عاد الموكل مسلماً وقد لحق بدار الحرب مرتداً) أي وقد لحق بدار الحرب مرتداً وقضى القاضي بلحاظه ، صرح به في المبسوط وغيره (لاتعود الوكالة في الظاهر) أي في ظاهر الرواية (وعن محمد أنها) أي الوكالة (تعود كما قال في الوكيل) وفي السير الكبير يقول محمد : يعود الوكيل على وكالته في هذا الفصل أيضاً لأن الموكل إذا عاد مسلماً عاد إليه ماله على تقديم ملكه : وقد تعلقت الوكالة بتقديم ملكه فيعود الوكيل على وكالته ، كما لو وكل ببيع عبده ثم باعه الموكل بنفسه ورد عليه ببيع بقضاء القاضي عاد الوكيل على وكالته فهذا مثله ، كذا في المبسوط (والفرق له على الظاهر) يعني أن محمداً فرق بين الفصلين : أي بين ارتداد الوكيل وبين ارتداد الموكل في ظاهر الرواية حيث قال بعود الوكالة في ارتداد الوكيل إذا عاد مسلماً في جميع الروايات ، وبعدهم عودها في ارتداد الموكل إذا عاد مسلماً في ظاهر الرواية . فوجه الفرق له على ظاهر الرواية (أن مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال) أي وقد زال ملك الموكل برده وقضاء بلحاظه بدار الحرب فبطلت الوكالة على البتات (وفي حق الوكيل) أي ومبنى الوكالة في حق الوكيل (على معنى قائم به) أي بالوكيل كما بيناه من قبل (ولم يزل) أي ولم يزل المعنى القائم به (باللاحق) أي بلحاق الوكيل بدار الحرب وقضاء القاضي به فكان محل تصرف الوكيل باقياً ، ولكنه عجز عن التصرف بعارض على شرف الزوال ، فإذا زال العارض صار كأن لم يكن كما ذكرنا فيما مر . وأما أبو يوسف فسوى بين

بلحاظه ، وأما إذا لم يقض بذلك فإنه لا يخرج من الوكالة عندهم جميعاً . ببقى الكلام في قوله لأن ولاية أصل التصرف بأهليته فإنه بعيد التعلق عما استدل به عليه وهو قوله أنه إثبات ولاية التنفيذ إلا أن يتكلف فيقال الوكيل له ولايتان ولاية أصل التصرف وولاية التنفيذ ، والأولى ثابتة له قبل التوكيل وبعده ، والثانية لم تكن ثابتة قبله ، وإنما حدثت بعده ولم يتجدد عليه شيء سوى التوكيل فكانت ثابتة به ، ولو عاد الموكل مسلماً بعد القضاء بلحاظه بدار الحرب مرتداً لاتعود الوكالة في ظاهر الرواية . وعن محمد أنها تعود كما في الوكيل لأن الموكل إذا عاد مسلماً عاد إليه ماله على تقديم ملكه ، وقد تعلقت الوكالة بتقديم ملكه فيعود الوكيل على وكالته ، كما لو وكل ببيع عبده ثم باعه الموكل بنفسه ورد عليه ببيع بقضاء القاضي عاد الوكيل على وكالته . والفرق له على الظاهر أن مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال برده وقضاء بلحاظه ، وفي حق الوكيل على معنى قائم به ولم يزل باللاحق وأبو يوسف سوى في عدم العود بين الفصلين ، ولعل إيراد هذه المسئلة عند عروض العوارض المذكورة للموكل

(قوله ورد عليه ببيع الخ) أقول : هذه المسئلة متفق عليها بين أبي يوسف ومحمد على ظاهر الرواية ، ولذلك قال المصنف وعن أبي يوسف فتصلح للاستشهاد (قوله وقد زال برده الخ) أقول : وزال الأمر بالتصرف ولم يتجدد .

قال (ومن وكل آخر بشيء ثم تصرف بنفسه فيما وكل به بطلت الوكالة) وهذا اللفظ ينتظم وجوها : مثل أن يوكله بإعتاق عبده أو بكتابتة فأعتقه أو كاتبه الموكل بنفسه أو يوكله بتزويج امرأة أو بشراء شيء ففعله بنفسه أو يوكله بطلاق امرأته فطلقها الزوج ثلاثا أو واحدة وانقضت عدتها أو بالخلع فخالعها ، بنفسه لأنه لما

الفصلين حيث قال بعدم عود الوكالة فيهما معا (قال) أى القدورى فى مختصره (ومن وكل آخر بشيء) من الإثباتات أو الإسقاطات (ثم تصرف) أى الموكل (بنفسه فيما وكل به بطلت الوكالة) إلى هنا لفظ القدورى . قال المصنف (وهذا اللفظ ينتظم وجوها كثيرة) من المسائل (مثل أن يوكله) أى الآخر (بإعتاق عبده) أى عبد الموكل (أو بكتابتة) أى بكتابة عبده (فأعتقه) أى أعتق ذلك العبد (أو كاتبه الموكل بنفسه) فإن الوكالة تبطل حينئذ (أو يوكله بتزويج امرأة) أى أو أن يوكله بتزويج امرأة معينة إياه (أو بشراء شيء) أى أو أن يوكله بشراء شيء بعينه له (ففعله بنفسه) أى ففعل الموكل ما وكل به بنفسه بأن تزوجها بنفسه أو يشتره بنفسه ، فإن ذلك كان عزلا للوكيل فبطلت الوكالة (أو يوكله بطلاق امرأته فطلقها الزوج) وهو الموكل (ثلاثا) أى ثلاث تطليقات (أو واحدة) أى أو طلقها طلقة واحدة (وانقضت عدتها) فإن الوكالة تبطل هناك أيضا ، ولا يكون للموكل بعد ذلك أن يطلقها ، وإنما قيد بالثلاث وقيد الواحدة بانقضاء العدة ، والمراد بها ما دون الثلاث لأنه إذا وكله بالطلاق ثم طلقها الموكل تطليقة واحدة أو ثنتين بائنة كانت أو رجعية . فإن للوكيل أن يطلقها مادامت فى العدة ، وأما إذا طلقها الموكل تطليقات ثلاثا فلا يملك الوكيل طلاقها لا فى العدة ولا بعدها ، والأصل فيه أن ما كان الموكل فيه قادرا على الطلاق كان وكيله أيضا قادرا عليه ، وما لا فلا ، كذا ذكره فى النهاية والعناية . أقول : فى هذا الأصل نوع إشكال إذ لطالب أن يطلب الفرق حينئذ بين هذه المسئلة وبين مسئلة التوكيل بتزويج امرأة ، فإن الموكل هناك لو تزوجها بنفسه ثم أبانها لم يكن للوكيل أن يزوجه منه كما صرح به فى عامة الكتب ، وذكره المصنف أيضا فيما بعد ، مع أن الموكل قادر على تزوجه بنفسه مرة أخرى فلم لم يقدر الوكيل أيضا على أن يزوجه منه مرة أخرى ؟ وعلل فى البدائع عدم قدرة الوكيل عليه بأن الأمر بالفعل لا يقتضى التكرار ، فإذا فعل مرة حصل الامتثال فانتهى حكم الأمر كما فى الأوامر الشرعية . والظاهر أن هذا التعليل يقتضى أن لا يقدر الوكيل على التطليق بعد تطليق الموكل مطلقا فى مسئلة التوكيل بالطلاق أيضا . فإن قيل : بطلان الوكالة فى مسئلة التوكيل بالتزويج بتزويج الموكل بنفسه بناء على انقضاء الحاجة كما ذكره المصنف فيما بعد . قلنا : قد انقضت الحاجة فى مسئلة التوكيل بالطلاق أيضا بتطليق الموكل بنفسه . لا يقال : قد تقع الحاجة إلى تكرار الطلاق تشديدا للفرقة . لأننا نقول : قد تقع الحاجة إلى التزويج مرة أخرى فلم يتضح الفرق فتأمل (أو بالخلع) أى أو أن يوكله بأن يخالع امرأته (فخالعها) أى فخالعها الموكل (بنفسه) فإن الوكالة تبطل هناك أيضا . قال المصنف فى تعليل المسائل المذكورة كلها (لأنه) أى الموكل (لما

كان أنسب ، لكن لما ذكر العود ها هنا جرد ذكرها فى هذا الموضع ، والله أعلم . قال (ومن وكل آخر بشيء ثم تصرف بنفسه فيما وكل به الخ) ومن وكل آخر بشيء من الإثباتات أو الإسقاطات ثم تصرف فيه بنفسه بطلت الوكالة ، فإذا وكله بإعتاق عبده أو بكتابتة فأعتقه أو كاتبه بنفسه بطلت ، وكذا لو وكله بتزويج امرأة معينة ثم تزوجه بنفسه حتى لو أبانها لم يكن للوكيل أن يزوجه منه لانقضاء الحاجة ، بخلاف ما لو تزوجه الوكيل فأبانها فإن له أن يزوجه لموكله لبقاء الحاجة ، وكذا لو وكل بشراء شيء بعينه فاشتراه لنفسه حتى لو باعه ثم اشتراه المأمور للآمر لم يجوز ، وكذا لو وكله بطلاق امرأته فطلقها بنفسه ثلاثا أو واحدة وانقضت عدتها بطلت ولم يكن للمأمور أن يطلقها ، وإنما قيد بقوله ثلاثا أو واحدة وانقضت عدتها لأنه إذا وكله بالطلاق ثم طلقها بنفسه واحدة أو ثنتين بائنة كانت أو رجعية فإن له أن يطلقها مادامت فى العدة . والأصل فيه أن ما كان الموكل فيه قادرا على الطلاق كان وكيله كذلك وما لا فلا ، وكذا إذا وكل بالخلع فخالعها (قوله لأنه لما

(قوله جرد ذكرها فى هذا الموضع) أقول : التفسير فى قوله ذكرها راجع إلى المسئلة فى قوله ولعل لإيراد هذه المسئلة .

تصرف بنفسه تعذر على الوكيل التصرف فبطلت الوكالة ، حتى لو تزوجها بنفسه وأبأنها لم يكن للوكيل أن يزوجه منه لأن الحاجة قد انقضت ، بخلاف ما إذا تزوجها الوكيل وأبأنها له أن يزوج الموكل لبقاء الحاجة ، وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه ، فلو ردّ عليه بعبب بقضا قاض ؛ فعن أبي يوسف رحمه الله أنه ليس للوكيل أن يبيعه مرة أخرى لأن يبيعه بنفسه منع له من التصرف فصار كالعزل . وقال محمد رحمه الله : له أن يبيعه مرة أخرى لأن الوكالة باقية لأنه إطلاق والعجز قد زال ،

تصرف) فيها وكل به . (بنفسه تعذر على الوكيل التصرف) في ذلك لامتناع تحصيل الحاصل (فبطلت الوكالة) في جميع ما ذكر (حتى لو تزوجها) أي لو تزوج الموكل المرأة التي وكل الآخر بتزويجها منه (بنفسه وأبأنها) أي أبأنها بعد أن تزوجها بنفسه (لم يكن للوكيل أن يزوجه منه) أي لم يكن للوكيل أن يزوج تلك المرأة المبانة من الموكل مرة أخرى (لأن الحاجة قد انقضت) أي لأن حاجة الموكل قد انقضت بتزويجها بنفسه . أقول : هاهنا كلام : أما أولاً فلأن تفريع هذه المسئلة يحثي على التعليل الذي ذكره لبطلان الوكالة في المسائل المذكورة ليس بتمام ، لأن الموكل إنما تصرف بنفسه في تزويجها مرة أولى ، فهو الذي تعذر على الوكيل التصرف فيه على موجب التعليل المذكور . وفحوى هذه المسئلة أن لا يكون للوكيل تزويجها من الموكل مرة أخرى ، ولا تأثير فيه للتعليل المذكور لأن الموكل لم يتصرف بنفسه في هذه المرة حتى يتعذر على الوكيل التصرف فيها ، فالأولى أن يترك أداة التفريع ويذكر هذه المسئلة على سبيل الاستقلال كما وقع في سائر المعتررات . وأما ثانياً فلأنه إن أراد بقوله لأن الحاجة قد انقضت أن الحاجة إلى تزويجها مرة أولى قد انقضت فهو مسلم ، ولكن هذا لا ينافي بقاء الحاجة إلى تزويجها مرة أخرى فلا يتم التقريب ، وإن أراد بذلك أن الحاجة إلى تزويجها مطلقاً قد انقضت فهو ممنوع : إذ قد يحتاج الرجل إلى تزويج امرأة واحدة مراراً متعددة لأسباب داعية إليه . فالأولى في تعليل هذه المسئلة ما ذكر في البدائع من أن الأمر بالفعل لا يقتضي التكرار ، فإذا فعل مرة حصل الامتثال فانتهى حكم الأمر كما في الأوامر الشرعية (بخلاف ما إذا تزوجها الوكيل) أي بخلاف ما إذا تزوج الوكيل المرأة التي وكل بتزويجها من الموكل (وأبأنها) أي وأبأنها بعد أن تزوجها حيث يكون (له أن يزوج الموكل) تلك المرأة المبانة (لبقاء الحاجة) أي لبقاء حاجة الموكل إلى تزويجها (وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه) أي فباع الموكل ذلك العبد بنفسه يعني بطلت الوكالة في هذه الصورة أيضاً (فلو ردّ عليه) أي فلو ردّ العبد على الموكل (بعبب بقضاء قاض ؛ فعن أبي يوسف أنه ليس للوكيل أن يبيعه مرة أخرى) روى ذلك عنه ابن سبابة كما صرح به في الذخيرة (لأن يبيعه بنفسه) أي لأن يبيع الموكل ذلك العبد بنفسه (منع له من التصرف) حكما (فصار كالعزل) أي فصار ذلك كعزل الوكيل عن الوكالة فلا يعود وكيلا إلا بتجديد الوكالة (وقال محمد : له) أي للوكيل (أن يبيعه) أي أن يبيع ذلك العبد (مرة أخرى لأن الوكالة باقية لأنه) أي لأن الوكالة بتأويل التوكيل أو العقد أو باعتبار الخبر وقد مر غير مرة (إطلاق) أي إطلاق التصرف وهو باق والامتناع إنما كان لعجز الوكيل عن التصرف بخروج العبد عن ملك الموكل (والعجز قد زال) أي وعجز الوكيل قد

تصرف بنفسه تعذر على الوكيل التصرف فبطلت الوكالة (متعلق بجميع ما ذكر ومبناه انقضاء الحاجة ، وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه بطلت ، فلو ردّ عليه بعبب بالقضاء ؛ فعن أبي يوسف أنه ليس للوكيل أن يبيعه لأن يبيعه بنفسه منع له من التصرف فصار كالعزل . وقيد بقوله بقضاء قاض لأن الموكل إذا قبله بالعيب بعد البيع بغير قضاء فليس للوكيل أن يبيعه مرة أخرى بالإجماع لأنه كالعقد المبتدئ في حق غير المتعاقدين والوكيل غيرهما فكان في حق الوكيل كأن الموكل اشتراه ابتداء . وقال محمد : له أن يبيعه مرة أخرى ، لأن الوكالة

(قال المصنف : لأن الحاجة قد انقضت) أقول : قال الإتيافي : فلما ارتدت ولحقت بدار الحرب ثم سبيت وأسلمت فزوجها إياه الوكيل جاز في قياس أبي حنيفة ، ولم يجر في قول أبي يوسف ومحمد لأنها صارت أمة ، ولكناج الإمة غير معهود وغير المعهود خارج عن مراد المتكلم ، معدها انتهى . وقد سبق أدلة الجاهلين لأصلهما في النكاح .

بخلاف ما إذا وكله بالهبة فوهب بنفسه ثم رجع لم يكن للوكيل أن يهب لأنه مختار في الرجوع فكان ذلك دليل عدم الحاجة . أما الرد بقضاء بغير اختياره فلم يكن دليل زوال الحاجة . فإذا عاد إليه قديم ملكه كان له أن يبيعه ، والله أعلم .

زال يعود العبد إلى قديم ملك الموكل فعادت الوكالة ، وإنما قيد الرد بالعيب على الموكل بقضاء القاضي لأن الموكل إذا قبله بالعيب بعد البيع بغير القضاء فليس للوكيل أن يبيعه مرة أخرى بالإجماع ، لأن الرد بغير القضاء كالعقد المبتدئ في حق غير المتعاقدين والوكيل غيرهما ، فكان في حق الوكيل كأن الموكل اشتراه ابتداء . واعلم أنه ذكر في المبسوط مسألة الرد بالعيب بقضاء القاضي من غير خلاف في جواز البيع للوكيل ، ووضع المسئلة في الأمة فقال : ولو باعها الوكيل أو الأمر ثم ردت بعيب بقضاء قاض فلو وكيل أن يبيعها لأن الرد بالعيب بقضاء قاض فسخ من الأصل وعادت إلى قديم ملك الموكل ، وإن قبلها الموكل بالعيب بغير قضاء بعد قبض المشتري لم يكن للوكيل أن يبيعها ، وكذلك إن تقايلا البيع فيها لأن هذا السبب كالعقد المبتدئ في حق ير المتعاقدين والوكيل غيرهما فكان في حق الوكيل كأن الموكل اشتراها ابتداء ، وكذلك إن رجعت إلى الموكل بميراث أو هبة أو غيرهما بملك جديد لم يكن للوكيل بيعها ، لأن الوكالة تعلق بالملك الأول ، وهذا ملك جديد سوى الأول فلا يثبت فيه حكم الوكالة إلا بتجديد توكيل من المالك انتهى . ولم يذكر الخلاف أيضا في المسئلة المذكورة في الأصل ولا في الكافي للحاكم الشهيد ولا في شرحه للإمام علاء الدين الإسبيجاني ، ولكن ذكره القدوري في شرحه فقال : قال أبو يوسف رحمه الله : ليس للوكيل أن يبيعه . وقال محمد : له أن يبيعه . ثم اعلم أن صاحب البدائع بعد أن ذكر الخلاف بين أبي يوسف ومحمد رحمه الله في المسئلة المذكورة قال : ولو وكله أن يهب عبده فوهبه الموكل بنفسه ثم رجع في هبته لا تعود الوكالة حتى لا يملك الوكيل أن يهبه ، محمد يحتاج إلى الفرق بين البيع والهبة ، ووجه الفرق له لم يتضح انتهى . فقد أراد المصنف بيان وجه الفرق بينهما على قول محمد فقال (بخلاف ما إذا وكله بالهبة فوهب) أي الموكل (بنفسه ثم رجع) عن هبته حيث (لم يكن للوكيل أن يهب) مرة أخرى بالإجماع (لأنه) أي لأن الموكل الواهب بنفسه (مختار في الرجوع فكان ذلك) أي كان رجوعه مختارا (دليل عدم الحاجة) إلى الهبة ، إذ لو كان محتاجا إليها لما رجع عنها فكان دليلا على نقض الوكالة (أما الرد بقضاء) أي أما رد المبيع بقضاء القاضي على الموكل البائع بنفسه فهو (بغير اختياره) أي بغير اختيار الموكل البائع (فلم يكن دليل زوال الحاجة) إلى البيع . أقول : من العجائب هاهنا أن الشارح العيني قال في شرح قول المصنف : أما الرد بقضاء : أي أما رد الهبة بقضاء القاضي ، وفي شرح قوله بغير اختياره : أي اختيار الواهب حيث زعم أن مراد المصنف بيان الفرق بين رد الهبة بالاختيار وبين ردها بقضاء القاضي وهذا مع كونه غير صحيح في نفسه كيف غفل عن تعلق قوله بخلاف ما إذا وكله بالهبة بماسبق من مسألة توكيله بالبيع ، وماذا يقول في قوله (فإذا عاد إليه) أي إلى الموكل (قديم ملكه كان له) أي للوكيل (أن يبيعه . والله أعلم) فإنه صريح في أن مراده الفرق بين البيع والهبة . وذكر في التتمة قال محمد : لا يشبه الهبة البيع . لأن الوكالة بالبيع لا تنقضي بمباشرة البيع لأن الوكيل بعد ما باع يتولى حقوق العقد ويتصرف فيها بحكم الوكالة . فإذا انفسخ البيع والوكالة باقية جاز له أن يبيع له ثانيا بحكمها ، أما الوكالة بالهبة فتنتهي بمباشرة الهبة حتى لا يملك الوكيل الواهب الرجوع ولا يصح تسليمه . فإذا رجع الموكل في هبته عاد إليه العبد والوكالة فلا يتمكن الوكيل من الهبة ثانيا انتهى . قال في البدائع : ثم هذه الأشياء التي ذكرنا أنه يخرج بها الوكيل عن الوكالة سوى العزل والنهي لا يفرق الحال فيها بين ما إذا علم الوكيل بها أو إذا لم يعلم في حق الخروج عن الوكالة ، لكن تقع المفارقة فيها بين البعض

باقية لأنه إطلاق وهو باق . والامتناع كان لعجز الوكيل وقد زال . بخلاف ما إذا وكله بالهبة فوهب بنفسه ثم رجع لم يكن للوكيل أن يهب ، لأن الموكل مختار في الرجوع فكان ذلك دليل عدم الحاجة : أما الرد بقضاء بغير اختياره فلم يكن دليل زوال الحاجة ، فإذا عاد إليه قديم ملكه كان له أن يبيعه . والله أعلم .

(كتاب الدعوى)

والبعض من وجه آخر، وهو أن الموكل إذا باع العبد الموكل ببيعه بنفسه ولم يعلم به الوكيل وقبض الثمن فهلك الثمن في يده ومات العبد قبل التسليم إلى المشتري يرجع المشتري على الوكيل بالثمن ويرجع الوكيل على الموكل ، فكذا لو دبره وأعتقه أو استعق أو كان حر الأصل ، وفيما إذا مات الموكل أو جنّ أو هلك العبد الذى وكل ببيعه أو نحو ذلك لا يرجع . والفرق أن الوكيل هناك وإن صار معزولا بتصرف الموكل لكنه صبار مغرورا من جهته بترك إعلامه بإياه فصاركفيل له بما يلحقه من الضمان فيرجع عليه بضممان الكفالة أو ضمان الغرور في الحقيقة ضمان الكفالة ، ومعنى الغرور لا يتقرر في الموت وهلاك العبد والجنون وأخواتها فهو الفرق. ولو وكله بقبض دين له على رجل ثم إن الموكل وهب المال للذى عليه الدين والوكيل لا يعلم بذلك فقبض الوكيل المال فهلك في يده كان لدافع الدين أن يأخذ به الموكل ولا ضمان على الوكيل ، لأن يد الوكيل يد نيابة عن الموكل ، لأنه قبضه بأمره وقبض النائب كقبض المنوب عنه فكأنه قبضه بنفسه بعد ما وهبه منه ، ولو كان كذلك لرجع عليه ، فكذا هذا، إلى هنا لفظ البدائع .

(كتاب الدعوى)

لما كانت الوكالة بالخصومة التي هي أشهر أنواع الوكالات سببا داعيا إلى الدعوى ذكر كتاب الدعوى عقيب كتاب الوكالة لأن المسبب يتلو السبب . ثم إن هاهنا أموراً من دأب الشراح بيان أمثالها في أوائل الكتب ، وهي معنى الدعوى لغة وشرعا وسببها وشرطها وحكمها ونوعها ، فقال صاحب العناية : وهي في اللغة عبارة عن قول يقصد به الإنسان إيجاب حق على غيره ، وفي عرف الفقهاء : مطالبة حق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته انتهى . واعترض عليه بعض الفضلاء بأن المطالبة من شرائط صحة الدعوى كما سيحىء فلا يستقيم تعريفها بها للمباينة إلا أن تؤول بالمشروط بالمطالبة . أقول : هذا ساقط لأن كون المطالبة من شرائط صحة الدعوى لا ينافي استقامة تعريف نفس الدعوى بها ، إذ المباينة لصحة الشيء لا تقتضى المباينة لذلك الشيء ؛ ألا يرى أن كل شيء مبين لصحته لكونها وصفا مغايرا له وليس بمباين لنفسه قطعا غاية ما لزم هاهنا أن يكون صحة الدعوى مشروطا بالمطالبة التي هي نفس الدعوى ولا محذور فيه ، فإن صحة الدعوى وصف لها وتحقق الوصف مشروط بتحقق الموصوف دائما

(كتاب الدعوى)

لما كانت الوكالة بالخصومة لأجل الدعوى ذكر الدعوى عقيب الوكالة . وهي في اللغة عبارة عن قول يقصد به الإنسان إيجاب حق على غيره . وفي عرف الفقهاء ماتقدم وهي مطالبة حق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته . وسببها تعلق البقاء المقدر

(كتاب الدعوى)

(قوله وهي مطالبة حق الخ) أقول : فيه أن المطالبة من شرائط صحة الدعوى كما سيحىء فلا يستقيم تعريفها بها للمباينة إلا أن تؤول بالمشروط بالمطالبة .

قال (المدعى من لا يجبر على الخصومة إذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة)

وقال صاحب النهاية بعد بيان معناها اللغوي والشرعي على وجه البسط والتفصيل : وأما سببها فما هو السبب الذي ذكرناه في النكاح والبيوع ، لأن دعوى المدعى لا تخلو إما أن تكون أمرا راجعا إلى إبقاء نسله أو أمرا راجعا إلى بقاء نفسه وما يتبعهما ، وكلاهما قد ذكرا . وأما شرط صحتها على الخصوص فمجلس القضاء ، لأن الدعوى لا تصح في غير هذا المجلس حتى لا يجبر على المدعى عليه جواب المدعى . ومن شرائط صحتها أيضا أن يكون دعوى المدعى على خصم حاضر ، وأن يكون المدعى به شيئا معلوما ، وأن يتعلق به حكم على المطلوب لما أن الفاسدة من الدعوى هي أن لا يكون الخصم حاضرا وأن يكون المدعى به مجهولا ، لأن عند الجهالة لا يمكن للشهود الشهادة ولا للقاضي القضاء به ، وأن لا يلزم على المطلوب شيء بدعواه نحو أن يدعى أنه وكيل هذا الخصم الحاضر في أمر من أموره ، فإن القاضي لا يسمع دعواه هذه إذا أنكر آخر لأنه يمكنه عزله في الحال . وأما حكمها فوجوب الجواب على الخصم بنعم أو بلا ، ولهذا وجب على القاضي إحضاره مجلس الحكم حتى يوفى ما استحق عليه من الجواب . وأما أنواعها فثيئان : دعوى صحيحة ، ودعوى فاسدة . فالصحيحة ما يتعلق بها أحكامها وهي إحضار الخصم والمطالبة بالجواب واليمين إذا أنكر ، وفي مثل هذه الدعوى يمكن إثبات المدعى بالبيئة أو بالنكول ، والدعوى الفاسدة ما لا يتعلق بها هذه الأحكام ، وفساد الدعوى بأحد معنيين : إما أن لا يكون ملازما للخصم شيئا وإن ثبت على ما قلنا من أن يدعى على غيره أنه وكيله . والثاني أن يكون مجهولا في نفسه والمجهول لا يمكن إثباته بالبيئة فلا يتمكن القاضي من القضاء بالمجهول لا بالبيئة ولا بالنكول انتهى . أقول : في تحريره نوع اختلال واضطراب ، فإن قوله وأما شرط صحتها على الخصوص إلى قوله وأن يتعلق به حكم على المطلوب يدل على أن لصحتها شروطا أربعة : وهي مجلس القضاء ، وحضور الخصم ، وكون المدعى به شيئا معلوما وأن يتعلق به حكم على المطلوب . ويتضح هذا أن يكون فسادها بأحد أمور أربعة وهي : انتفاءات هذه الشروط الأربعة ، وأن قوله لما أن الفاسدة من الدعوى هي أن لا يكون الخصم حاضرا إلى قوله لأنه يمكنه عزله في الحال يشعر بأن فسادها إنما هو بأمور ثلاثة ، وهي عدم حضور الخصم ، وأن يكون المدعى به مجهولا ، وأن لا يلزم على المطلوب شيء بالدعوى بناء على أن المعروف بلام الجنس إذا جعل مبتدأ كما في قوله إن الفاسدة من الدعوى فهو مقصور على الخبر نحو : الكرم التقوى . والإمام من قرئش على ما عرف في علم العربية ، وأن قوله وفساد الدعوى بأحد معنيين الخ يدل على أن فسادها بأحد الأمرين لا غير ، لأن إضافة المصدر كما في قوله وفساد الدعوى تفيد القصر نحو ضرب زيد في الدار على مانص عليه العلامة التفتازاني في شرح التلخيص . ثم إن قوله وأما أنواعها فثيئان لا يخلو عن سباجة ظاهرة حيث حمل التثنية على الجمع بالمواطأة (قال) أي القدوري في مختصره (المدعى من لا يجبر على الخصومة إذا تركها ، والمدعى عليه من يجبر على الخصومة) ورد عليه صاحب الإصلاص والإيضاح

بتعاطي المعاملات ، لأن المدعى به إما أن يكون راجعا إلى النوع أو الشخص . وشرطها حضور خصمه ومعلومية المدعى به وكونه ملازما على الخصم ، فإن ادعى على غائب لم تسمع ، وكذا إذا كان المدعى به مجهولا لعدم إمكان القضاء . ولو ادعى أنه وكيل هذا الحاضر وهو منكر فذلك لإمكان عزله في الحال . وحكم الصحيحة منها وجوب الجواب على الخصم بالنفي أو الإثبات . وشرعيتها ليست لدانها بل من حيث انقطاعها بالقضاء دفعا للفساد المظنون بقائها ، وفي دلالة الكتاب والسنة على شرعيتها كثرة . قال (المدعى من لا يجبر على الخصومة إذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة الخ) الدعوى لا تحصل إلا من مدع على مدعى عليه ؛ فعرفة الفرق بينهما من أهم ما يتنى عليه مسائل الدعوى ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال « البيئة على المدعى واليمين على من أنكر » فلا بد من معرفتهما . وقد اختلفت عبارات المشايخ فيه . فمنها ما قال في الكتاب : يعني القدوري : المدعى من لا يجبر على الخصومة إذا تركها ، والمدعى عليه من يجبر على الخصومة ، وهو حد عام صحيح . وقيل :

(قوله إما أن يكون راجعا إلى النوع) أقول : كما في دعوى النسب (قوله بل من حيث) أقول : للتعليل .
(٢٠ - تكملة فتح القدير حنن - ٨)

ومعرفة الفرق بينهما من أهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى ، وقد اختلفت عبارات المشايخ رحمهم الله فيه ، فمنها ما قال في الكتاب وهو حدّ عام صحيح . وقيل المدعى من لا يستحق إلا بحجة كالحارج ، والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة كذى اليد ،

حيث قال في متنه : المدعى من لا يجبر على الخصومة ، وقال في شرحه لم يقل إذا تركها كما قال القدوري ومن تبعه لأنه غير مجبور حالتي الترك والفعل : والقيد المذكور يوهم الاختصاص انتهى . أقول : فيه بحث إذ على تقدير ترك قيل الترك يلزم أن ينتقض تعريف المدعى بالمدعى عليه حالة الفعل فإنه يصدق عليه في هذه الحالة أنه لا يجبر على الخصومة ضرورة عدم تصوّر الجبر على الفعل حالة حصوله . وأما إيهام القيد المذكور الاختصاص فمنوع لاندفاعه بشهادة ضرورة العقل على عدم تصوّر الجبر حالة الفعل (ومعرفة الفرق بينهما) أى بين المدعى والمدعى عليه (من أهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى) فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » والإنسان قد يكون مدّعيًا بصورة ومع ذلك يكون القول قوله مع يمينه كما في المودع إذا ادعى ردّ الوديعة على ما ذكر في الكتاب فلا بد من معرفتهما (وقد اختلفت عبارات المشايخ رحمهم الله فيه) أى في الفرق بينهما (فمنها ما قال في الكتاب) يعنى مختصر القدوري (وهو حدّ عام صحيح ، وقيل المدعى من لا يستحق إلا بحجة) وهى البينة أو الإقرار أو النكول على قول من يرى أنه ليس بإقرار كما سيعلم في باب اليمين (كالحارج ، والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة كذى اليد) قال صاحب العناية : وهو ليس بعام : أى جامع لعدم تناوله صورة المودع إذا ادعى ردّ الوديعة انتهى . أقول : يمكن توضيح كلامه وتقرير مراده بوجهين : أحدهما أنه يقبل في تلك الصورة قول المودع مع يمينه كما سيجيء في الكتاب فلا يصدق عليه أنه لا يستحق إلا بحجة ، وثانيهما أن المودع في تلك الصورة لا يستحق شيئاً ، فلا يصدق عليه أنه يستحق بحجة . ثم أقول : يمكن الجواب عن الوجهين معا بأنه سيجيء في الكتاب أن الاعتبار عند الحداق من أصحابنا للمعانى دون الصور ، فلهذا أن المودع إذا قال رددت الوديعة فالقول مع اليمين ، وإن كان مدّعيًا للردّ صورة لأنه ينكر الضمان فيجوز أن يكون مدار التعريف المذكور على المعنى المعتبر دون الصورة ، فحينئذ لا ضير في عدم تناول تعريف المدعى صورة المودع إذا ادعى ردّ الوديعة لعدم كونه مدّعيًا حقيقة أو معنى . ويمكن جواب آخر عن الوجه الأول بأن المودع من حيث أنه مدّع ردّ الوديعة لا يستحق إلا بحجة ، وأما استحقاقه بقوله فلانما هو من حيث أنه مدعى عليه ، وبالحملة قيد الحيثية معتبر . وقال صاحب العناية بعد قوله المذكور : ولعله غير صحيح لأن المدعى عليه من يدفع استحقاق غيره انتهى . أقول : ويمكن الجواب عن هذا أيضا بأن دفع استحقاق غيره لا ينافى استحقاق نفسه ، بل يقتضيه بناء على أن الحقوق لا تتحقق بدون المستحق ، فكون المدعى عليه من يدفع استحقاق غيره لا ينافى صحة تعريفه بمن يكون مستحقا بقوله ، وعن هذا قال صاحب الكافي وصاحب الكفاية في بيان تعريف المدعى عليه بمن يكون مستحقا بقوله من غير حجة ، فإنه إذا قال هو لى كان مستحقا له ما لم يثبت الغير استحقاقه . فإن قلت : صبغة الفعل تفيد التجدد والحدوث على ما تقرر في علم العربية فيكون معنى

المدّعى من لا يستحق إلا بحجة : يعنى البينة أو الإقرار كالحارج ، والمدّعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة كذى اليد ، وهو ليس بعام : أى جامع لعدم تناوله صورة المودع إذا ادعى ردّ الوديعة ، ولعله غير صحيح لأن المدعى عليه من يدفع استحقاق غيره . وقيل : المدعى من يلمس غير الظاهر ، والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر ، وبمعناه قول من قال : المدعى كل

(قوله يعنى البينة أو الإقرار) أقول : أى بإقرار المدعى عليه (قوله لعدم تناوله صورة المودع) أقول : إذ لا يصدق عليه أنه لا يستحق إلا بحجة بحيث يقبل قوله أيضا مع يمينه بل هو لا يستحق لشيء وهذا هو الأول في توجيه النقض (قوله إذا ادعى ردّ الوديعة) أقول : فإنه لا يستحق لشيء (قوله ولعله غير صحيح لأن المدعى عليه الخ) أقول : قد مر في الدرس السابق أن لدوام الأمور المستمرة الغير اللازمة حكم الابتداء مع أن في العدول من أن يقول من يستحق بقوله إلى قوله من يكون مستحقا إيماء إلى دفع هذا الكلام لأن معناه بمن يكون استحقاقه دائما لدلالة الاسم على الدوام والثبات .

وقيل المدعى من يتمسك بغير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر.

من يكون مستحقا بقوله من يتجدد ويحدث استحقاقه بقوله مع أن استحقاق المدعى عليه لا يتجدد ولا يحدث بقوله بل يكون باقيا على ما كان عليه قبل الدعوى . قلت : هذه مناقشة لفظية يمكن دفعها أيضا بأن يقال : المراد بمن يكون مستحقا بقوله من يكون ثابتا على الاستحقاق بقوله على أن يكون مستحقا مجازا ثابتا على الاستحقاق بقرينة قوله كذا اليد ، ونظير هذا ما ذكره المفسرون في قوله تعالى - اهدنا الصراط المستقيم - من أن معناه ثبتنا على هدى الصراط المستقيم ؛ فالذى يلزم حينئذ من صيغة الفعل في تعريف المدعى عليه بما ذكر أن يتجدد الثبات على الاستحقاق لا أن يتجدد نفس الاستحقاق ولا محذور فيه . وأجاب بعض الفضلاء عما ذكره صاحب العناية بوجه آخر حيث قال : قد مر في الدرس السابق أن لدوام الأمور المستمرة الغير اللازمة حكم الابتداء ، مع أن في العدول من أن يقول من يستحق بقوله إلى قوله من يكون مستحقا بقوله إيماء إلى دفع هذا الكلام ، لأن معناه من يكون استحقاقه دائما لدلالة الاسم على الدوام والثبات اهـ . أقول : في كل من شئ جوابه نظر : أما في شقه الأول فلأننا سلمنا أن لدوام التصرفات الغير اللازمة حكم الابتداء على ما مر في أوائل الباب السابق ، ولكن لانسلم أن ما نحن فيه من ذلك القليل فتأمل . وأما في شقه الثاني فإنه لا يذهب على من له دربة بالعلوم الأدبية أنه لا فرق بين أن يقول من يستحق بقوله وبين قوله من يكون مستحقا بقوله في إفادة التجدد والحدوث ، لأن صلة من في كل واحد منهما جملة فعلية فتدل على التجدد والحدوث قطعا ، وكون الخبر اسما في الثانية مما لا مدخل له في إفادة الدوام والثبات أصلا ، على أن الثبات من محققى النجاة كالرضى وأضرابه صرحوا بأن ثبوت خبر باب كان مقترن بالزمان الذى يدل عليه صيغة الفعل الناقص ، إما ماضيا أو حالا أو استقبالا ، فكان للماضى ويكون للحال والاستقبال وكن للاستقبال . وقال الفاضل الرضى : وذهب بعضهم إلى أن كان يدل على استمرار مضمون الخبر في جميع الزمن الماضى ، وشبهته قوله تعالى - وكان الله سميعا بصيرا - . وذهل أن الاستمرار مستفاد من قرينة وجوب كون الله سميعا بصيرا لا من لفظ كان ؛ ألا يرى أنه يجوز كان زيدا دائما فاستيقظ ، وكان قياس ما قال أن يكون كن لا يكون للاستمرار أيضا . وقول المصنف فكان تكون ناقصة لثبوت خبرها دائما أو منقطعا رد على ذلك القائل يعنى أنه يحىء دائما كما في الآية ، ومنقطعا كما في قولك كان زيد قائما ، ولم يدل لفظ كان على أحد الأمرين بل ذلك إلى القرينة ، إلى هنا كلامه . فقد تقرر من هذا أنه لا دوام في مضمون خبر كان عند المحققين ، وإنما ذهب إليه بعض ذهبوا . وأما الدوام في خبر يكون الذى كلامنا فيه فما لم يذهب إليه أحد قط ، فما ذكره ذلك المحجب خارج عن قواعد العربية بالكلمة ، نعم لو كان المذكور في التعريف من هو مستحق بقوله بالجملة الاسمية لم الفرق وليس فليس (وقيل المدعى من يتمسك بغير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر) قال صاحب العناية : ولعله منقوض بالمودع فإنه مدعى عليه ، وليس يتمسك بالظاهر إذ رد الوديعة ليس بظاهر ، لأن الفراغ ليس بأصل بعد الاشتغال ، ولهذا قلنا : إذا ادعى المدينون براءة ذمته بدفع الدين إلى وكيل رب المال وهو ينكر الوكالة فالقول لرب المال لأن المدينون يدعى براءة بعد الشغل فكانت عارضة والشغل أصلا ، ويجوز أن يورد بالعكس بأنه مدع ويتمسك بالظاهر وهو عدم الضمان اهـ . أقول : فيه بحث ، إذ لانسلم أن المودع من حيث هو مدعى عليه

من ادعى باطنا ليزيل به ظاهرا ، والمدعى عليه من ادعى ظاهرا وقرار الشئ على ماهيته ، والظاهر كون الأملاك في يد المالك وبراءة الذم ، فالمدعى هو من يريد إزالة الظاهر والمدعى عليه يريد قراره على ما كان عليه ، ولعله منقوض بالمودع ، فإنه مدعى عليه وليس يتمسك بالظاهر ؛ إذ رد الوديعة ليس بظاهر لأن الفراغ ليس بأصل بعد الاشتغال ، ولهذا قلنا : إذا ادعى المدينون براءة ذمته بدفع الدين إلى وكيل رب المال وهو ينكر الوكالة فالقول لرب المال ، لأن المدينون يدعى براءة بعد الشغل فكانت عارضة والشغل أصلا ، ويجوز أن يورد بالعكس بأنه مدع ويتمسك بالظاهر وهو عدم الضمان . وقال محمد :

(قوله ولعله منقوض بالمودع الخ) أقول : ويندفع باعتبار قيد الحيثية في كلا التعريفين .

وقال محمد رحمه الله في الأصل : المدعى عليه هو المنكر ، وهذا صحيح لكن الشأن في معرفته والترجيح بالفقه عند الحذاق من أصحابنا رحمهم الله لأن الاعتبار للمعاني دون الصور ، فإن المودع إذا قال رددت الوديعة فالقول له مع اليمين وإن كان مدعياً للردّ صورة لأنه ينكر الضمان .

ليس هو بمتمسك بالظاهر . قوله إذ رد الوديعة ليس بظاهر . قلنا : مسلم لكن لانسلم تمسكه به من حيث هو مدعى عليه ، بل هو من هذه الحيثية متمسك بعدم الضمان وهو الظاهر ، وكذا لانسلم أنه من حيث هو مدع يتمسك بالظاهر بل هو من هذه الحيثية ملتمس غير الظاهر وهو ردّ الوديعة . والحاصل أن صاحب العناية زعم حيثية كون المودع مدعياً حيثية كونه مدعى عليه وبالعكس فأورد النقض على تعريفهما ، وليس الأمر كما زعمه ، كيف ولو تم ما زعمه لو ردّ النقض بالمودع إذا ادعى ردّ الوديعة على التعريف الأول أيضاً بأنه مدع ردّ الوديعة ويجبر على الخصومة مع أنهم اتفقوا على أنه حدّ عام صحيح . ثم إن ما ذكرناه كله على تسليم اعتبار جانب الصورة أيضاً فيما إذا ادعى المودع رد الوديعة ، وأما على تقدير أن كان المعتبر هو جانب المعنى دون جانب الصورة كما ذكرناه من قبل وسيجيء في الكتاب فلا يتوجه النقض بالعكس أصلاً . واعتراض بعض العلماء على بعض مقدمات ما ذكره صاحب العناية هاهنا حيث قال : فيه كلام ، وهو أن في صورة الوديعة ليس في ذمة المودع شيء من المال حتى يكون دعوى الرد منه دعوى البراءة بعد الشغل ، بل إنما هي مجرد إنكار الضمان وثبوت الشيء في ذمته ، بخلاف صورة الدين ، وأشير إلى هذا في الكافي اه . أقول : نعم قد أشير إليه ، بل صرح به في الكافي وعامة الشروح . والظاهر أن صاحب العناية وآه واطلع عليه ولكن بعد ذلك له أن يقول سلمنا أن في صورة الوديعة ليس في ذمة المودع شيء من المال ، ولكن في عهده حفظ مال الوديعة ، إذ قد تقرر في كتاب الوديعة أنها عقد استحفاظ ، وأن حكمها وجوب الحفظ على المودع فكان دعوى الرد منه دعوى البراءة بعد اشتغال ذمته بالحفظ ، والفراغ ليس بأصل بعد الاشتغال فيتمشى كلامه ، ويتم مرامه . وأما قوله ولهذا قلنا إذا ادعى المدينون براءة ذمته بدفع الدين الخ ، فيجوز أن يكون مبنياً على مجرد الاشتراك بين المسئلتين في كون الفراغ ليس بأصل بعد الاشتغال ، وإن كانتا مختلفتين بكون الاشتغال في إحداها بالمال وفي الأخرى بالحفظ ، قالذي يقطع عرق إيراد صاحب العناية هاهنا ما قدمناه لا غير (وقال محمد رحمه الله : في الأصل المدعى عليه هو المنكر ، وهذا صحيح) لما ورد من قول النبي صلى الله عليه وسلم « واليمين على من أنكر » وروى « اليمين على المدعى عليه » (لكن الشأن في معرفته أي معرفة المنكر (والترجيح بالفقه) أي بالمعنى دون الصورة (عند الحذاق من أصحابنا رحمهم الله لأن الاعتبار للمعاني دون الصور فإن المودع إذا قال رددت الوديعة فالقول له مع اليمين وإن كان مدعياً للردّ صورة لأنه ينكر الضمان) تعليل لقوله فالقول له مع اليمين . قال صاحب العناية : يعني إذا تعارض الجهتان في صورة فالترجيح لإحداهما على الأخرى يكون بالفقه : أي باعتبار المعنى دون الصورة ، فإن المودع إذا قال رددت الوديعة فهو يدعى الرد بصورة ، فلو أقام على ذلك بينة قبلت ، والقول له مع يمينه أيضاً فكان مدعى عليه ، فإذا أقام البينة اعتبر الصورة ، وإذا عجز عنها اعتبر معناه ، فإنه ينكر الضمان والقول قول المنكر مع يمينه اه . أقول : شرح هذا المقام بهذا الوجه لا يكاد يصح . أما أولاً فلأنه غير مطابق للمشروع لأن قول المصنف والترجيح

في الأصل : المدعى عليه هو المنكر وهذا صحيح لما ورد من قوله صلى الله عليه وسلم « اليمين على من أنكر » وروى « اليمين على المدعى عليه » لكن الشأن في معرفة من أنكر والترجيح بالفقه عند الحذاق من أصحابنا : يعني إذا تعارض الجهتان في صورة فالترجيح لإحداهما على الأخرى يكون بالفقه : أي باعتبار المعنى دون الصورة ، فإن المودع إذا قال رددت الوديعة فهو يدعى الرد بصورة ، فلو أقام على ذلك بينة قبلت والقول قوله مع يمينه أيضاً فكان مدعى عليه ، فإذا أقام البينة اعتبر الصورة ، وإذا عجز عنها اعتبر

(قوله يعني إذا تعارض الجهتان الخ) أقول : المراد بالجهتين الإنكار الصوري والإنكار المعنوي لا الادعاء الصوري والإنكار المعنوي على ما يتهم من ظاهر كلامه . فإن كلا منهما معتبر حيث تقبل بينة الرد أيضاً فلا يظهر ترجيح المعنوي .

قال (ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما في جنسه وقدره)

بالفقه عند الخذاق من أصحابنا رحمهم الله ، لأن الاعتبار للمعاني دون الصور صريح في أن المعتبر هو المعاني لا غير ، وقول صاحب العناية : فإذا أقام البيئة اعتبر الصورة وإذا عجز عنها اعتبر معناه مخالف له لأنه صريح في أن الصورة أيضا معتبرة فيصير هذا من قبيل العمل بالجهتين لامن قبيل ترجيح إحداها على الأخرى . وأما ثانيا فلأن أول هذا الشرح مخالف لآخره ، فإن قوله في الأول إذا تعارض الجهتان في صورة فالترجيح لإحداها على الأخرى يكون بالفقه : أى باعتبار المعنى دون الصورة ، صريح في أن المعتبر جهة المعنى دون جهة الصورة ، وقوله في الآخر فإذا أقام البيئة اعتبر الصورة وإذا عجز عنها اعتبر معناها ، صريح في أن كلتا الجهتين معتبرتان . ثم إن بعض الفضلاء قصد توجيه كلام صاحب العناية هاهنا وتبيين مراده فقال : المراد بالجهتين الإنكار الصورى والإنكار المعنوى لا الادعاء الصورى والإنكار المعنوى على ما يتوهم من ظاهر كلامه ، فإن كلا منهما معتبر حيث تقبل بيئة الرد أيضا فلا يظهر ترجيح المعنوى اه . أقول : هذا أيضا غير صحيح . أما أولا فلأن الشرح لا يطابق المشروح حينئذ أيضا ، فإن قول المصنف لأن الاعتبار للمعاني دون الصور فإن المودع إذا قال رددت الودعة فالقول له مع العيين ، وإن كان مدعيا للرد صورة يدل قطعا على أن المراد بالصورة هاهنا الادعاء الصورى حيث جعل الصورة قيدا للادعاء في قوله وإن كان مدعيا للرد صورة . وأما ثانيا فلأنه لا معنى للتعارض بين الإنكار الصورى والإنكار المعنوى ، لأنه إما أن يراد بالتعارض هاهنا مجرد التخالف في الحقيقة أو التناقض في الصدق ، وكلاهما غير متحقق بين الإنكار الصورى والإنكار المعنوى . أما عدم تحقق الأول بينهما فظاهر ، وأما عدم تحقق الثانى بينهما فلأن المنكر المعنوى فيما إذا قال المودع رددت الودعة هو المودع بالفتح حيث ينكر الضمان ، والمنكر الصورى هو المودع بالكسر حيث ينكر الرد ، ولا تنافى بين إنكاريهما في الصدق لحواز أن يصدقا معا بأن لا يرد المودع الودعة ولا يجب الضمان عليه لهلاك الودعة في يده من غير تعدد منه ، فإذا لم يتحقق شيء من معنى التعارض بينهما فكيف يصح أن يحمل عليه الجهتان في قوله : يعنى إذا تعارض الجهتان . وأيضا إنما يتصور التعارض بين الشيتين عند اجتماعهما في محل واحد ، ومحل الإنكار الصورى مغاير لمحل الإنكار المعنوى فبما نحن فيه لقيام أحدهما بالمودع بالكسر والآخر بالمودع بالفتح فلا يتصور التعارض بينهما ، بخلاف الادعاء الصورى والإنكار المعنوى فإنه يتحقق بينهما التعارض بالمعنى الأول قطعا ، ومحلها واحد وهو المودع بالفتح فكان موقعا للتعارض ونعم ما قيل * ولن يصلح العطار ما أسند الدهر * . ثم إن الحق عندى أن يشرح هذا المقام على ما تقتضيه عبارة المصنف ، وهو أنه إذا تعارضت الجهتان : أى جهة الادعاء الصورى وجهة الإنكار المعنوى فالترجيح بالفقه : أى بالمعنى عند الخذاق من أصحابنا ، فإن الاعتبار للمعاني دون الصور ، فإن المودع إذا قال رددت الودعة فالقول له مع يمينه بناء على أنه ينكر الضمان معنى ولا يعتبر كونه مدعيا للرد صورة ، وأن يقال في وجه قبول بيئة المودع في تلك الصورة : إنما تقبل بيئة المودع إذا أقامها على الرد لدفع العيين عنه ، فإن البيئة قد تقبل لدفع العيين على ما صرحوا به في مواضع شتى من كتب الفقه ، منها ما ذكره صدر الشريعة في شرح الوقاية في مسئلة اختلاف الزوجين في قدر المهر حيث قال : إن المرأة تدعى الزيادة ، فإن أقامت بيئة قبلت ، وإن أقام الزوج تقبل أيضا لأن البيئة تقبل لدفع العيين كما إذا أقام المودع بيئة على رد الودعة على المالك تقبل اه . فحينئذ يتضح المراد ويرفع الفساد (قال) أى القدورى في مختصره (ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما في جنسه) كالدرهم والدنانير والخطئة وغير ذلك (وقدره) مثل كذا وكذا درهما أو ديناراً أو كراً . واعلم أن هذا في دعوى الدين لا في دعوى العين ، فإن العين إذا كانت حاضرة تكنى الإشارة إليها بأن هذه ملك لى ، وإن كانت غائبة يجب أن يذكر قيمتها على ما سيفصل . فإن قلت : عبارة الكتاب لا تدل على التقيد .

معناها ، فإنه ينكر الضمان والقول قول المنكر مع يمينه . قال (ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما في جنسه وقدره الخ) قد ذكرنا أن معلومية المدعى به شرط لصحة الدعوى فلا بد من ذكر ما يمينه من بيان جنسه كالدرهم والدنانير والخطئة وغير ذلك ، وقدره مثل كذا وكذا درهما أو ديناراً أو كراً ، لأن فائدة الدعوى الإلزام بإقامة الحجة ، والإلزام في المجهول غير متحقق ،

لأن فائدة الدعوى الإلزام بواسطة إقامة الحجة ، والإلزام في المجهول لا يتحقق (فإن كان عينا في يد المدعى عليه كلف إحضارها لإشعار إليها بالدعوى ، وكذا في الشهادة والاستحلاف ، لأن الإعلام بأقصى ما يمكن شرط وذلك بالإشارة في المنقول لأن النقل ممكن والإشارة أبلغ في التعريف ، ويتعلق بالدعوى وجوب الحضور ، وعلى هذا القضاة من آخرهم في كل عصر ،

قلت : نعم ، إلا أن العبارة وقعت كذلك في عامة معتبرات المتون فلعلها بناء على ان فهم المراد بها مما يذكر بعدها من تفصيل أحوال دعوى الأعيان ، ومع هذا قد تصدى صدر الشريعة في شرح الوقاية لبيان المراد بها على ما بيناه إيضاحا للمقام . وأما بعض المتأخرين فلما فهموا الخفاء فيها غيروها في متونهم إلى التصريح بكل نوع من الدعاوى على حدة مع بيان شرائطه المخصوصة . قال المصنف في تعليل المسئلة المذكورة (لأن فائدة الدعوى الإلزام) أى الإلزام على الخصم (بواسطة إقامة الحجة ، والإلزام في المجهول لا يتحقق . أقول : فيه بحث . وهو أن عدم تحقق الإلزام في المجهول ممنوع ، إذ قد تقرر في كتاب الإقرار أن الإقرار بالمجهول صحيح ، وقد مر في صدر كتاب الدعوى أن حكم الدعوى الصحيحة وجوب الجواب على الخصم إما بالإقرار وإما بالنكار ، فعلى تقدير أن أجاب الخصم بالإقرار يمكن الإلزام عليه في المجهول أيضا لكونه مؤاخذا بإقراره فينبغي أن تصح الدعوى فيه أيضا لظهور فائدتها على تقدير الجواب بالإقرار . وبالجملية إن الإلزام كما يتحقق بواسطة حجة البينة كذلك يتحقق بواسطة حجة الإقرار ، فإن لم يتصور الأول في دعوى المجهول يتصور الثاني فيها فلا يتم المطلوب . لا يقال : إقرار الخصم محتمل لا يحقق فلا يتحقق الإلزام في دعوى المجهول بل محتمل . لأننا نقول : المراد بتحقيق الإلزام الذى عدت فائدة الدعوى إمكان تحققه دون وقوعه بالفعل ، وإلا يلزم أن لا تتحقق الفائدة في كثير من دعاوى المعلوم أيضا ، كما إذا عجز المدعى عن البينة ولم يقر الخصم بما ادعاه بل أنكر وحلف إذ حينئذ لا يقع الإلزام بالفعل قطعا (فإن كان) أى المدعى (عينا في يد المدعى عليه كلف إحضارها) أى كلف المدعى عليه إحضار العين المدعاة إلى مجلس الحكم (لإشعار) أى المدعى (إليها بالدعوى) هذا الذى ذكره لفظ القدورى في مختصره . قال المصنف (وكذا في الشهادة والاستحلاف) يعنى إذا شهد الشهود على العين المدعاة أو استحلف المدعى عليه عليها كلف إحضارها إلى مجلس الحكم لإشعار الشهود إليها عند أداء الشهادة ، وإشعار المدعى عليه إليها عند الحلف (لأن الإعلام بأقصى ما يمكن شرط ، وذلك بالإشارة في المنقول لأن النقل ممكن والإشارة أبلغ في التعريف) حتى قالوا في المنقولات التى يتعذر نقلها كالرحى ونحوه حضر القاضى عندها أو بعث أميننا ، كذا في الكافي وغيره (ويتعلق بالدعوى) أى بالدعوى الصحيحة : أى بمجرد دعا ، كذا في النهاية ومعراج الدراية (وجوب الحضور) أى وجوب حضور الخصم مجلس القاضى (وعلى هذا القضاة) أى على وجوب حضور الخصم مجلس القاضى بمجرد الدعوى الصحيحة القضاة . والأصل فيه قوله تعالى - وإذا دعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم إذا فريق منهم معرضون - إلى قوله - بل أولئك هم الظالمون - ساءم ظالمين لإعراضهم عند الطلب (من آخرهم) أى من آخرهم إلى أولهم وقال صاحب النهاية : أى بأجمعهم ، وهذا أيضا صحيح بالنظر إلى المآل . وقال تاج الشريعة : أى من أولهم إلى آخرهم واقفى أثره صاحب العناية ، وهذا بعيد عن عبارة المصنف كما لا يخفى (في كل عصر) فإن عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه فعله ، وعثمان وعلى رضى الله عنهما فعلا ذلك ، والتابعون بعده

فإن كان المدعى به عينا في يد المدعى عليه كلف إحضارها إلى مجلس الحكم للإشارة إليها في الدعوى والشهادة والاستحلاف لأن الإعلام بأقصى ما يمكن شرط نفيا للجهالة ، وذلك في المنقول بالإشارة لأن النقل ممكن ، والإشارة أبلغ في التعريف لكونها بمنزلة وضع اليد عليه ، بخلاف ذكر الأوصاف فإن اشتراك شخصين فيها ممكن ، فإذا حضر شخص عند حاكم وقال لى على

(قوله فإن كان المدعى به عينا في يد المدعى عليه كلف إحضارها إلى مجلس الحاكم للإشارة إليها) أقول : يعنى كلف المدعى عليه إحضار تلك العين للإشارة إلى تلك العين (قوله والإشارة أبلغ في التعريف لكونها الخ) أقول : يعنى لكون الإشارة .

ووجوب الجواب إذا حضر ليفيد حضوره ولزوم إحضار العين المدعاة لما قلنا واليمين إذا أنكروه ، وسنذكره إن شاء الله تعالى . قال (وإن لم تكن حاضرة ذكر قيمتها ليصير المدعى معلوماً) لأن العين لا تعرف بالوصف ، والقيمة تعرف به وقد تعذر مشاهدة العين .

الصحابة رضوان الله تعالى عليهم أجمعين فعلوا ذلك من غير نكير منك ، وابن أبي ليلى كان يفعل ذلك ولم ينكر عليه أبو حنيفة رحمه الله ، إلى غير ذلك من المجتهدين فحل محل الإجماع (ووجوب الجواب إذا حضر) عطف على وجوب الحضور : أى ويتعلق بالدعوى الصحيحة أيضاً وجوب الجواب على المدعى عليه بنعم أو بلا (ليفيد حضوره) أى حضور الخصم ، فإن المقصود من حضوره الجواب (ولزوم إحضار العين المدعاة) أى ويتعلق بالدعوى الصحيحة أيضاً لزوم أن يحضر المدعى عليه العين المدعاة إلى مجلس القاضى (لما قلنا) إشارة إلى قوله ليشير إليها بالدعوى (واليمين) بالجر عطف على إحضار العين المدعاة ، فالمعنى : ويتعلق بالدعوى الصحيحة أيضاً لزوم اليمين على المدعى عليه (إذا أنكروه) أى إذا أنكر المدعى عليه ما ادعاه المدعى وعجز المدعى عن البينة (وسنذكره إن شاء الله تعالى) أى وسنذكر لزوم اليمين على المدعى عليه فى آخر هذا الباب (قال : وإن لم تكن حاضرة ذكر قيمتها) هذا لفظ القدورى فى مختصره : أى وإن لم تكن العين المدعاة حاضرة فى يد المدعى عليه بل كانت غائبة لا يدرى مكانها ذكر المدعى قيمة العين المدعاة الغائبة (ليصير المدعى معلوماً) فتصح الدعوى بوقوعها على معلوم (لأن العين لا تعرف بالوصف) لإمكان مشاركة أعيان كثيرة فيه ، وإن بولغ فيه فذكر الوصف لا يفيد (والقيمة تعرف به) أى والقيمة أى والقيمة شئ تعرف العين به فذكرها يفيد (وقد تعذر مشاهدة العين) جملة حالية من قوله والقيمة تعرف به : أى والقيمة شئ تعرف به : يعنى والحال أن المشاهدة متعذرة فيكون ذكر القيمة إذ ذاك أقصى ما يمكن الإعلام . وقد جعل صاحب العناية

فلان كذا درهما مثلاً أشخص إليه ، لأن الصحابة رضى الله عنهم فعلوا كذلك ، فيجب على المطلوب حضوره فى مجلس الحكم على هذا القضاة من أولهم إلى آخرهم : أى أجمعوا . والأصل فيه قوله تعالى - وإذا دعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم إذا فريق منهم معرضون - إلى قوله - بل أولئك هم الظالمون - ساءم ظالمين لإعراضهم عن الطلب ، فإذا حضر وجب عليه الجواب بالإقرار أو الإنكار ليفيد حضوره ، ولزم عليه إحضار المدعى به لما قلنا من الإشارة إليها ، ولزم عليه اليمين إذا أنكروه وعجز المدعى عن إقامة البينة ، وسنذكره : أى وجوب اليمين عليه فى آخر هذا الباب . قال (وإذا لم تكن حاضرة لزمه ذكر قيمتها) يعنى إذا وقع الدعوى فى عين غائبة لا يدرى مكانها لزم المدعى ذكر قيمتها (ليصير المدعى به معلوماً) وذكر الوصف ليس بكاف (لأن العين لا تعرف بالوصف) وإن بولغ فيه لإمكان المشاركة فيه كما مر ، فذكره فى تعريفها غير مفيد (والقيمة) شئ تعرف به) العين فذكرها يكون مفيداً ، وقوله (وقد تعذر مشاهدة العين) جملة حالية من قوله لأن العين لا تعرف بالوصف :

(قوله لأن الصحابة رضى الله عنهم فعلوا كذلك) أقول : فيه تأمل (قوله على هذا القضاة من أولهم إلى آخرهم) أقول : الموافق لظاهر عبارة الهداية من آخرهم إلى أولهم (قوله أى أجمعوا الخ) أقول : يجوز أن يكون تفسير المتعلق على هذا القضاة ، وأن يكون تفسيراً لقوله من أولهم إلى آخرهم (قال المصنف : وإن لم تكن حاضرة ذكر قيمتها ليصير المدعى معلوماً) أقول : قال العلامة النسفى فى الكافى : إن المدعى إن لم يبين القيمة وقال غصب منى عين كذا ولا أدرى أنه هالك أو قائم ولا أدوى كم كانت قيمته ذكر فى عامة الكتب أنه تسع دعواه لأن الإنسان ربما لا يعرف قيمة ماله ، فلو كلف بيان القيمة لتضرر به انتهى . وعزاه إلى القاضى فخر الدين وصاحب المغيرة . وقال العلامة الزيلعى فى شرح الكنز : فإذا سقط بيان القيمة عن المدعى سقط عن الشهود أيضاً بل أولى لأنهم أبعد عن ممارسته (قال المصنف : والقيمة تعرف به وقد تعذر مشاهدة العين) أقول : حال من الضمير المستتر فى قوله تعرف به والعين تقوم مقام المائد إلى ذى الحال لاتحاده معه ، ويجوز أن يتنازع قوله تعرف بالوصف وقوله تعرف به فى الحال (قوله إذا وقع الدعوى ، إلى قوله : فذكرها يكون مفيداً) أقول : يعنى أن العين لا تعرف بالوصف وإن بولغ فى الوصف لإمكان المشاركة فى الوصف كما مر ، فذكر الوصف فى تعريف العين الغائبة غير مفيد والقيمة شئ تعرف به العين فذكر القيمة يكون مفيداً (قوله جملة حالية من قوله لأن العين الخ) أقول : بل من قوله والقيمة تعرف به فإنه أقرب لفظاً ومعنى .

وقال الفقيه أبو الليث : يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والأنوثة :

الجملة المزبورة حالية من قوله لأن العين لا تعرف بالوصف فعليك الاختبار ثم الاختيار (وقال الفقيه أبو الليث : يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والأنوثة) قال صاحب الكافي نقلا عن القاضي فخر الدين وصاحب الذخيرة : وإن كان العين غائبا وادعى أنه في يد المدعي عليه فأنكر أن بين المدعي قيمته وصفته تسمع دعواه وتقبل بينته ، وإن لم يبين القيمة وقال غصب مني عين كذا ولا أدري أنه هالك أم قائم ولا أدري كم كانت قيمته ذكر في عامة الكتب أنه تسمع دعواه ، لأن الإنسان ربما لا يعرف قيمة ماله ، فلو كلف بيان القيمة لتضرر به اه . وقال صاحبا النهاية والكفاية نقلا عن الإمام فخر الإسلام البزدوى : إذا كانت المسئلة مختلفا فيها ينبغي للقاضي أن يكلف المدعي بيان القيمة ، وإذا كلفه ولم يبين تسمع دعواه لأن الإنسان قد لا يعرف قيمة ماله ، فلو كلفه بيان القيمة فقد أضرب به ، إذ يتعذر عليه الوصول إلى حقه ، ثم قال : وإذا سقط بيان القيمة من المدعي سقطت عن الشهود بالطريق الأولى اه . وقال الإمام الزليعي في شرح الكنز بعد نقل ما ذكر في الكافي : فإذا سقط بيان القيمة عن المدعي سقطت عن الشهود أيضا ، بل أولى لأنهم أبعد عن ممارسته اه . وقال صاحب الدرر والفرر بعد نقل ما في الكافي : أقول فائدة صحة الدعوى مع هذه الجهالة الفاحشة توجه اليقين على الخصم إذا أنكر ، والجهر على البيان إذا أقر أو نكل عن اليقين فليتأمل ، فإن كلام الكافي لا يكون كافيا إلا بهذا التحقيق ، الحمد لله على التوفيق انتهى . أقول : يرد عليه أن ما ذكره من الفائدة جار في جميع صور دعوى المجهول دينا كان أو عينا ، فيقتضى صحة دعوى المجهول مطلقا مع أنهم صرحوا بأن من شرائط صحة الدعوى كون المدعي معلوما غير مجهول ، وأن رواية صحة دعوى العين مع جهالة القيمة إنما وردت في دعوى العين الغائبة فقط . ويمكن أن يقال في دفعه إن مجرد جريان الفائدة المذكورة في جميع صور دعوى المجهول لا يقتضى صحة دعوى المجهول مطلقا ، بل لا بد لصحة الدعوى من علة مقتضية لها غير فائدة مترتبة عليها ، وقد بينوا تحقق العلة المقتضية لصحة الدعوى في صورة دعوى العين الغائبة المجهولة ، وهى أن الإنسان ربما لا يعرف قيمة ماله ، فلو كلف بيان القيمة لتضرر به . وبقي بيان الفائدة فيها فينبى صاحب الدرر والفرر ، بخلاف سائر صور دعوى المجهول إذ لم يتحقق فيها علة مقتضية لصحة الدعوى فلا يفيد جريان الفائدة المذكورة فيها ، ولكن يرد حينئذ أن يقال : إن مثل تلك العلة المذكورة يتحقق في غير تلك الصورة أيضا من صور دعوى المجهول ، كما إذا كان لمورث رجل ديون في ذم الناس ولم يعرف الوارث جنس تلك الديون ولا قدرها أو لم يعرف أحدهما ، فلو كلف ذلك الوارث في دعوى تلك الديون على المديون ببيان جنسها أو قدرها لتضرر به ، إذ الإنسان ربما لا يعرف قدر مال مورثه ولا جنسه عند كون ذلك المال في يد مورثه فضلا عن أن يعرفهما عند كونه في ذم الناس ، فينبى أن تصبح دعوى مثل تلك الديون المجهولة مثل ما قيل في صحة دعوى الأعيان الغائبة المجهولة مع أنه مما لم يقل به أحد . ثم أقول : الظاهر من قولهم : وإذا سقط بيان القيمة عن المدعي سقطت عن الشهود بالطريق الأولى أن في دعوى العين الغائبة تسمع الدعوى مع جهالة قيمة المدعي وتقبل الشهادة مع جهالة قيمة المشهد به ، لكنه مشكل جدا ، فإن القاضي بعد أن سمع هذه الدعوى وقبل هذه الشهادة لم يحكم للمدعي على المدعي عليه ، والقضاء بالمجهول غير ممكن كما صرحوا به في صدر كتاب الدعوى حيث

يعنى والحال أن المشاهدة تعذرت وإغلاق تركيبيه لا ينجى (وقال الفقيه أبو الليث : يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والأنوثة) بناء على أن القضاء بقيمة المستهلك بناء على القضاء بملك المستهلك عند أبي حنيفة ، لأن حق المالك قائم في العين المستهلكة عنده ، فإنه صحح الصلح عن المفصوب على أكثر من قيمته ، فلو لم يكن عين المستهلك ملكا له لما جاز ذلك لكون الواجب حينئذ في ذمة المستهلك قيمة المفصوب وهى دين في الذمة ، والصلح على أكثر من جنس الدين لا يجوز ، وإذا كان كذلك لا بد من بيان المستهلك في الدعوى والشهادة ليعلم القاضي بماذا يقضى ، فلا بد من ذكر الذكورة والأنوثة . ومن المشايخ من أبى ذلك

(قوله على أكثر من قيمة) أقول : كما سيجى في كتاب الصلح .

قال (وإن ادعى عقارا حدّده وذكر أنه في يد المدعى عليه وأنه يطالبه به)

قالوا : إن من شروط صحة الدعوى كون المدعى معلوماً : وعلوه بعدم إمكان القضاء بالجهول . لا يقال : القاضي يجبر المدعى عليه ببيان قيمة ما ادعى عليه فيحكم عليه بما بين فلا يكون القضاء بالجهول . لأننا نقول : الخبر عليه إنما يصح لو أقر بما ادعى عليه على الجهالة ، فإن التجهيل حينئذ يصير من جهته حيث أجمل ما اعترف بلزومه عليه فعليه البيان على ما تقرر في كتاب الإقرار . وأما إذا لم يقر به بل ثبت بالبينة كما فيما نحن فيه فلم يكن التجهيل من جهة المدعى عليه ولم يحمل شيئاً فلا وجه لإجباره على البيان بمقتضى قواعد الفقه في الإشكال . فإن قلت : القاضي لا يحكم بقيمة العين الغائبة بل يحكم برد تلك العين نفسها إلى صاحبها والجهالة في قيمة تلك العين لا في نفسها فلا يلزم القضاء بالجهول . قلت : قد مر في الكتاب أن العين إنما تعرف بالقيمة لا بغيرها فالجهالة في قيمة العين جهالة في نفسها . وأيضاً إذا حكم القاضي برد العين الغائبة إلى صاحبها فعجز المحكوم عليه عن ردها إلى صاحبها ولم يردها إليه فالقاضي إن حكم بعد ذلك بقيمة تلك العين يعود الإشكال ، وإن لم يحكم بها بضياع حق المدعى ولا يظهر لسماع دعواه وقبول بينته فائدة . فإن قيل : القاضي لا يحكم على الخصم بشيء من المال بل يحبس ليرد العين المدعاة إلى المدعى ففائدة سماع الدعوى وقبول البينة هي الحبس . قلنا : إلى متى يحبس ، إن حبسه أبداً يصير ظالماً له بعد أن ظهر عجزه عن ردها إلى المدعى بأن يمس على الحبس مدة يعلم بها أنه لو بقيت العين المدعاة لأظهرها على ما ذكر في كتاب الغصب ، وإن حبسه إلى مدة ظهور عجزه عن ردها إلى المدعى ثم خلى سبيله من غير أن يلزمه الضمان فثقل ذلك لم يعهد في الشرع عند إثبات الحقوق المالية . وبالجملة لا يخلو المقام على كل حال عن ضرب من الإشكال (قال) أي القدرى في مختصره (وإن ادعى عقارا حدده) أي ذكر المدعى حدوده (وذكر أنه) أي العقار (في يد المدعى عليه وأنه يطالبه به) أي وذكر أن المدعى يطالب المدعى عليه بالمدعى . أقول : هكذا وقع وضع هذه المسئلة في عامة معتبرات المتون ، ولكن فيه قصور إذ المتبادر منه أن ذكر حدود العقار كاف في تعريفه عند الدعوى ، وليس كذلك إذ قد صرح في معتبرات الفتاوى بل في بعض شروح الهداية أيضاً بأنه إذا وقعت الدعوى في العقار فلا بد من ذكر البلدة التي فيها الدار ومن ذكر المحلة ومن ذكر السكة ومن ذكر الحدود . وقال في الخلاصة : تصبح الدعوى إذا بين المصير والمحلة والموضع والحدود . وقيل ذكر المحلة والسوق والسكة ليس بلازم ، وذكر المص أو القرية لازم انتهى . وقد صرح في معتبرات الفتاوى أيضاً بأن الفقهاء اختلفوا في البداية ، فقال الشيخ الإمام الفقيه الحاكم أبو نصر أحمد بن محمد السمرقندي في شروطه : إذا وقع الدعوى في العقار فلا بد من ذكر البلدة التي فيها الدار ، ثم من ذكر المحلة ، ثم من ذكر السكة ، فيبدأ أولاً بذكر الكورة ثم بالمحلة اختياراً لقول محمد ، فإن المذهب عنده أن يبدأ بالأعم ثم ينزل منه إلى الأخص . وقال أبو زيد البغدادي : يبدأ بالأخص ثم بالأعم ، فيقول دار في سكة كذا في محلة كذا في كورة كذا

لأن المقصود في دعوى الدابة المستهلكة القيمة ، فلا حاجة إلى ذكر الذكورة والأنوثة . قال (وإن ادعى عقارا حدّده الخ) إذا كان المدعى به عقاراً فلا بد من ثلاثة أشياء : تحديده ، وذكر المدعى أنه في يد المدعى عليه ، وأنه يطالبه به . أما الأول فلإعلام بأقصى ما يمكن فيه ، وذلك إنما يكون بذكر البلدة ، ثم الموضع الذي هو فيه ثم بذكر حدوده ، لأنه لما تعذر التعريف بالإشارة لتعذر النقل صير إلى ذلك للتعريف ، ولا بد من ذكر أسماء أصحاب الحدود وأنسابهم ، إلا إذا كان معروفاً مثل أبي حنيفة وابن أبي ليلى فإنه يستغنى عن ذكرهما ، ولا بد من ذكر الجدل لأن تمام التعريف به عند أبي حنيفة على ما عرف هو الصحيح ، فإن ذكر ثلاثة من الحدود يكتفي بها عندنا ، خلافاً لغير لوجود الأكثر ، ومن هذا يعلم أن ذكر الاثنين لا يكتفي ، بخلاف ما إذا غلط في الحد الرابع وأنت في الكتاب باعتبار الجهة لأنه يختلف به : أي بالغلط في الحد المدعى ، ولا كذلك بتركها ، كما لو شهد شاهدان بالبيع وقبض الثمن وتركوا ذكر الثمن جاز ، ولو غلطوا في الثمن لا تجوز شهادتهما لأنه صار عقداً

(قوله وذلك إنما يكون بذكر البلدة الخ) أقول : يعلم وجوب ذكر البلدة والموضع الذي هو فيه بطريق الدلالة فافهم .

لأنه تعذر التعريف بالإشارة لتعذر النقل فيصير إلى التجديد فإن العقار يعرف به ، ويذكر الحدود الأربعة ، ويذكر أسماء أصحاب الحدود وأنسابهم ، ولا بد من ذكر الجدل لأن تمام التعريف به عند أبي حنيفة على ما عرف هو الصحيح : ولو كان الرجل مشهورا يكتفى بذكره ، فإن ذكر ثلاثة من الحدود يكتفى بها عندنا خلافا لزفر لوجود الأكثر ، بخلاف ما إذا غلط في الرابعة لأنه يختلف به المدعى ولا كذلك بتركها ، وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة . وقوله في الكتاب وذكر أنه في يد المدعى عليه لا بد منه لأنه إنما ينتصب خصما إذا كان في يده ، وفي العقار لا يكتفى بذكر المدعى وتصديق المدعى عليه أنه في يده بل لا تثبت اليد فيه إلا بالبينة ،

وقاسه على النسب حيث يقول فلان ثم يقول ابن فلان ثم يذكر الجد ، فيبدأ بما هو الأقرب ثم يترقى إلى الأبعد . قال : في كل واحد من الفصولين بعد ذكر هذا الاختلاف ما قاله محمد بن الحسن أحسن ، لأن العام يعرف بالخاص ولا يعرف الخاص بالعام وفصل النسب حجة عليه لأن الأعم اسمه ، فإن جعفر في الدنيا كثير ، فإن عرف فيها وإلا ترقى إلى الأخص فيقول ابن محمد وهذا أخص ، فإن عرف فيها وإلا ترقى إلى الجد انتهى . وقال في المحيط : تختلف أهل الشروط في البداية بالأعم أو بالأخص ، وأهل العلم بالخيار في البداية بأيهما شاء انتهى . وقال عماد الدين في فصوله : قلت اختلافات أهل الشروط أنه ينزل من الأعم إلى الأخص ، أو من الأخص إلى الأعم إجماع منهم على شرطية البيان انتهى . فقد تلخص مما ذكرناه كله أن ذكر الحدود ليس بكاف في تعريف العقار ، بل لا بد أيضا من ذكر البلدة والمحلة وغير ذلك على ما قرر . قال المصنف في تعليل لزوم التحديد في دعوى العقار (لأنه تعذر التعريف بالإشارة لتعذر النقل) أي نقل العقار (فيصير إلى التحديد ، فإن العقار يعرف به) أقول : لقاتل أن يقول : إن تعذر النقل لا يقتضي تعذر التعريف بالإشارة لجواز أن يحضر القاضي حنود العقار أو يبعث أمينه إليه فيشير المدعى إليه في محضر القاضي أو أمينه بعين ما قالوا في المنقولات التي يتعذر نقلها كالرحى ونحوه على ما ذكرناه فيما مر . ويمكن أن يدفع بأن المنقولات التي يتعذر نقلها نادرة فالزم فيها حضور القاضي أو أمينه عندها لعدم تأديده إلى الحرج ، بخلاف العقارات فلأنها كثيرة ، فلو كلف القاضي بحضوره عندها أو بعث أمينه إليها لأدى إلى الحرج فافترقا (ويذكر الحدود الأربعة ويذكر أسماء أصحاب الحدود وأنسابهم ، ولا بد من ذكر الجد لأن تمام التعريف به عند أبي حنيفة على ما عرف هو الصحيح) احتراز مما روى عنهما أن ذكر الأب يكتفى (ولو كان الرجل مشهورا) مثل أبي حنيفة وابن أبي ليلى (يكتفى بذكره) يعني لا حاجة إلى ذكر الأب والجد حيث لا يحصل التعريف بالاسم بلا ذكر النسب . وفي الدار لا بد من التحديد وإن كانت مشهورة عند أبي حنيفة ، وعندهما لا يشترط لأن الشهرة مغنية عنه . وله أن يقدرها لا يصير معلوما إلا بالتحديد ، كذا في الكافي وغيره (فإن ذكر ثلاثة من الحدود يكتفى بها عندنا خلافا لزفر لوجود الأكثر) دليل لنا : يعني أن إقامة الأكثر مقام الكل أصل في الشرع فنعمل به هاهنا أيضا (بخلاف ما إذا غلط في الرابعة) أي في الحد الرابع وأنه المصنف باعتبار الجهة يعني إذا ذكر الحدود الثلاثة وسكت عن الرابع جاز عندنا خلافا لزفر . وأما إذا ذكر الحد الرابع أيضا وغلط فيه فلا يجوز باتفاق بيننا وبين زفر (لأنه يختلف به) أي بالغلط (المدعى ولا كذلك بتركها) ونظير ما إذا شهد شاهدان بالبيع وقبض الثمن وتركوا ذكر الثمن جاز ، ولو غلط في الثمن لا يجوز شهادتهما لأنه صار عقدا آخر بالغلط ، وبهذا الفرق بطل قياس زفر الترك على الغلط (وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة) فيجوز في الثانية ما يجزى في الأولى (وقوله في الكتاب) أي قول القدوري في مختصره (وذكر أنه) يعني العقار (في يد المدعى عليه لا بد منه لأنه) أي المدعى عليه (إنما ينتصب خصما) أي في دعوى العين (إذا كان في يده) أي إذا كان المدعى في يده (وفي العقار لا يكتفى بذكر المدعى وتصديق المدعى عليه أنه) أي العقار (في يده بل لا تثبت اليد فيه إلا بالبينة) بأن يشهد الشهود أنهم عاينوا أن ذلك العقار المدعى في يد المدعى عليه ، حتى لو قالوا سمعنا إقرار المدعى عليه بأنه في يده لم تقبل شهادتهم ، وكذا الحال في غير هذه الصورة ، وقد لا يفرق الشهود بين الأمرين فلا بد أن يسألهم القاضي

آخر بالغلط ، وبهذا الفرق بطل قياس زفر الترك على الغلط ، وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة . وأما الثاني

أو علم القاضى هو الصحيح نفيا لثمة المواضعة إذ العقار عساه فى يد غيرهما ،

أعن معاينة تشهدون أم عن سماع ، كذا ذكر فى معتبرات الفتاوى (أو علم القاضى) عطف على البيئة أى أو بعلم القاضى أن ذلك العقار المدعى فى يد المدعى عليه (هو الصحيح) احتراز عن قول بعض المشايخ فإن عندهم يكفى تصديق المدعى عليه أنه فى يده ، وإنما لا تثبت اليد فى العقار إلا بالبيئة أو علم القاضى على القول الصحيح (نفيا لثمة المواضعة إذ العقار عساه) أى لعله (فى يد غيرهما) أى غير المدعى والمدعى عليه . قال صاحب النهاية : أى يحتمل أنهما تواضعا على أن يصدق المدعى عليه المدعى بأن العقار فى يد المدعى عليه ليحكم القاضى باليد للمدعى عليه حتى يتصرف المدعى عليه فيه ، وهو فى الواقع فى يد الثالث فكان ذلك قضاء بالتصرف فى مال الغير ، ويؤدى ذلك إلى نقض القضاء عند ظهوره أنه فى يد الثالث اه كلامه . وقد اقتنى أثره فى شرح هذا المقام بهذا المعنى صاحب معراج الدراية ثم صاحب العناية ثم الشارح العيني . أقول : هذا خبط عظيم منهم ، أما أما أولا فلأن المدعى عليه فى الصورة المزبورة لا يدعى على أحد شيئا بل يصدق المدعى فى قوله إن العقار فى يد المدعى عليه ، ولا شك أن تصديق الآخر ليس بدعوى عليه فكيف يتصور هناك من القاضى الحكم باليد للمدعى عليه ، والحكم بحقوق العباد يقتضى سابقة الدعوى . وأما ثانيا فلأن الحكم من القاضى لا يصح إلا بحجة من البيئة أو الإقرار وقد انتفت بقسميها فى تلك الصورة . أما انتفاء البيئة فلأن المفروض أن لا تقوم بيئة على ثبوت اليد للمدعى عليه . وأما انتفاء الإقرار فلأن الإقرار هو الإخبار بحق الغير على نفسه . ولا يخفى أن هذا المعنى غير متصور من المدعى عليه ولا من المدعى بالنسبة إلى حق اليد فى تلك الصورة ، فإذا لم تتحقق الحجة أصلا لثبوت اليد للمدعى عليه فى تلك الصورة لم يصح الحكم من القاضى باليد للمدعى عليه هناك ، فبطل قولهم ليحكم القاضى باليد للمدعى عليه الخ . والصواب أن مراد المصنف هاهنا هو أن العقار قد يكون فى يد غيرهما ، وهما يتواضعا على أن يصدق المدعى عليه المدعى فى أن ذلك العقار فى يد المدعى عليه فيقيم المدعى البيئة على المدعى عليه بأن ذلك العقار له فيحكم القاضى للمدعى بكونه له فيصير هذا قضاء له بمل الغير الذى كان ذلك العقار فى يده فى الواقع ويفضى ذلك إلى نقض القضاء عند ظهوره فى يد ذلك الغير ، ولقد أفصح الإمام قاضيخان فى فتاواه عن هذا حيث قال : وذكر الخصاص عن أصحابنا أن رجلا لو أقام البيئة على رجل أن فى يده الدار التى حدثها كذا وبين حدودها فإن القاضى لا يسمع دعواه ولا يقبل بيئته على الملك مالم يقيم البيئة أن الدار فى يد المدعى عليه ثم يقيم البيئة أنها له لتوهم أنهما تواضعا فى محدود فى يد ثالث على أن يدعيه أحدهما فيقول الآخر بأنها فى يده ويقيم المدعى بيئته عليه أنها له والدار فى يد غيرهما ، وهذا باطل لأن هذا

فلا بد منه لأنه إنما ينتصب خصما إذا كان المدعى به فى يده ، وفى العقار لا يكتفى بذكر المدعى وتصديق المدعى عليه أنه فى يده ، بل لا تثبت اليد فيه إلا بالبيئة بأن يشهدوا أنهم عاينوا أنه فى يده ، حتى لو قالوا سمعنا ذلك لم تقبل ، وكذا فى غير هذه الصورة لا بد فى الشهادة على اليد من ذلك أو يعلم القاضى أنه فى يده نفيا لثمة المواضعة لأن العقار قد يكون فى يد غيرهما وهما تواضعا على أن يصدق المدعى عليه المدعى بأن العقار فى يد المدعى عليه ليحكم القاضى باليد للمدعى عليه حتى يتصرف فيه المدعى عليه

(قال المصنف : نفيا لثمة المواضعة إذ العقار عساه فى يد غيرهما) أقول : قال ابن البرزلى فى فتاواه فى كتاب الدعوى فى آخر الفصل الخامس عشر فى نوع من الخامس عشر : ذكر الصدر الشهيد وغيره فى الفرق بين المنقول وغيره أن النقل لو كان قائما لابد من إحضاره فيعاین الحاكم يده ، وإن كان هالكا فقد أقر بلزوم الضمان على نفسه وإقراره على نفسه حجة وفى العقار ثمة المواضعة ثابتة لأنه ليس فى يد المالك بحسب الحقيقة بل اليد عليه بالحكم ، فربما يتواضع المدعى مع غير المالك حتى يقر باليد ويقيم عليه شهودا زورا فيساعده المدعى عليه ويوصل به الحكم ثم يحتاج على المالك بحكم قاض عند قاض آخر ويبرهن عليه فإن القضاء من أسباب الملك يطلق للشاهد الأداء بأنه ملكه بحكم الحاكم ، ولو فسره أيضا على الحاكم أن يقبله فصار الحكم فوق معاينة اليد ، حتى لو فسر بأنه يشهد له بالملك بناء على اليد لا يقبل كما علم ، وهذه التهمة فى المنقول منتفية لأن المنقول يكون فى يد المالك حقيقة فلا تتصور فيه تلك التهمة ، ولأن المالك لا يمكنه من النقل والإحضار بين يدي الحاكم انتهى كلام ابن البرزلى ، فلا يرد ما اعترض عليه فى بعض الشروح من كون تهمة المواضعة متصورة فى العين أيضا (قوله ليحكم القاضى باليد) ، أقول : فيه بحث ، إذ لا حكم هنا من القاضى للمدعى عليه ، ولو سلم فهو قضاء ترك لا قضاء استحقاق ولا فساد فى نقض قضاء الترك ، ألا يرى أنها إذا تراعى إلى القاضى وعجز المدعى عن البيئة فعطف المدعى عليه بترك المدعى فى يده ، ثم إذا جاء المدعى

بخلاف المنقول لأن اليد فيه مشاهدة . وقوله وأنه يطالبه به لأن المطالبة حقه فلا بد من طلبه ، ولأنه يحتمل أن يكون مرهونا في يده أو محبوسا بالثمن في يده ، وبالمطالبة يزول هذا الاحتمال ، وعن هذا قالوا في المنقول يجب أن يقول في يده بغير حق .

قضاء على المسخر اهـ (بخلاف المنقول لأن اليد فيه مشاهدة) فلا مجال للمواضعة المذكورة (وقوله) أى قول القدورى في مختصره (وأنه يطالبه به لأن المطالبة حقه فلا بد من طلبه) قال صاحب العناية : في عبارته تسامح لأنه يثول إلى تقدير فلا بد من طلب المطالبة فتأمل . ويمكن أن يجاب عنه بأن المطالبة مصدر بمعنى المفعول فكان معناه المطالب حقه فلا بد من طلبه اهـ كلامه . أقول : كل من إيراده وجوابه ساقط . أما سقوط الأول فلأن الضمير في طلبه ليس برافع إلى حقه كما توهمه ، بل هو راجع إلى ما يرجع إليه ضمير حقه وهو المدعى ؛ فالمعنى المطالبة حق المدعى فلا بد من طلب المدعى حتى يجب على القاضى إعائته فلا مسأحة أصلا . وأما سقوط الثانى فن وجهين : الأول أن المطالبة من طالبه بكذا فالمطالب المفعول هاهنا هو المدعى عليه ، والذي دخل عليه الباء هو المدعى ، فلو كان المعنى المطالب حق المدعى صار المعنى المدعى عليه حق المدعى ، ولا خفاء في فساده . والثانى أن المدعى أيضا ليس بحق المدعى البتة ، بل إن ثبت دعوى المدعى يكون المدعى حقه وإلا فلا ، في ابتداء الأمر من أين ثبت أنه حقه حتى يتم أن يقال هو حقه فلا بد من طلبه ، اللهم إلا أن يقال إنه حقه في ابتداء الأمر أيضا على زعمه ، لكنه يحتاج حينئذ إلى تقدير قيد على زعمه كما يحتاج إلى جعل المصدر بمعنى المفعول . ولا يخفى أن شأن المصنف بمزول عن مثل هذا التعسف . وقال بعض الفضلاء : ولا يبعد أن تكون المطالبة اسم مفعول والتأنيث بتأويل الأرض ونحوها اهـ . أقول : هذا بعيد عن الحق ، وأبعد مما قاله صاحب العناية في جوابه . أما الأول فلما ذكرناه في سقوط جواب صاحب العناية من الوجهين . وأما الثانى فلأن مقتضاه التعبير عن كل مطلوب بصيغة التأنيث وتأويل كل مطلوب مذكر بمؤنث ، وهذا مما لا تقبله الفطرة السليمة ، بخلاف ما قال صاحب العناية (ولأنه يحتمل أن يكون) أى المدعى (مرهونا في يده) أى في يد المدعى عليه (أو محبوسا بالثمن في يده) فلا تصح الدعوى قبل أداء الدين أو قبل أداء الثمن (وبالمطالبة يزول هذا الاحتمال) إذ لو كان مرهونا أو محبوسا بالثمن لما طالب بالانزعاع من ذى اليد قبل أداء الدين أو الثمن (وعن هذا) أى بسبب هذا الاحتمال (قالوا) أى المشايخ (في المنقول) أى في دعوى المنقول (يجب أن يقول في يده بغير حق) أى يجب أن يقول المدعى هذا الشيء الذى أدعيه في يد المدعى عليه بغير حق

وكان القضاء فيه قضاء بالتصرف في مال الغير وذلك يفضى إلى نقض القضاء عند ظهوره في يد ثالث ، بخلاف المنقول فإن اليد فيه مشاهدة . وأما الثالث فلأن المطالبة حقه فلا بد من طلب حقه ، وفي عبارته تسامح لأنه يثول إلى تقدير فلا بد من طلب المطالبة فتأمل . ويمكن أن يجاب عنه بأن المطالبة مصدر بمعنى المفعول فكان معناه المطالب حقه فلا بد من طلبه ، ولأنه يحتمل أن يكون مرهونا في يده أو محبوسا بالثمن في يده ، وبالمطالبة تزول هذه الاحتمالات وعن هذا : أى بسبب هذا الاحتمال

بشهود يؤخذ منه .. والحق ما في النهاية أخذا من المبسوط فراجعه متأملا (قوله ويمكن أن يجاب عنه بأن المطالبة مصدر بمعنى المفعول) أقول : ولا يبعد أن تكون المطالبة اسم مفعول والتأنيث بتأويل الأرض ونحوها ، ثم الظاهر أن ضمير طلبه راجع إلى المدعى لا إلى الحق لئلا يلزم التفكيك فلا غبار (قال المصنف : وعن هذا قالوا في المنقول يجب أن يقول في يده بغير حق) أقول : قال صاحب الوقاية : وفي المنقول يزيد بغير حق . قال صدر الشريعة في شرحه : فإن الشيء يكون في يد غير المالك بحق كالرهن في يد المرتهن والمبيع في يد البائع لأجل الثمن . أقول : هذه تشمل العقار أيضا ، فلا أدري ما وجه تخصيص المنقول بهذا الحكم انتهى . ونحن نقول : فإن احتمال كون المنقول في يد المدعى عليه بحق يزول بالمطالبة على ما صرحوا به فوجه هذه الزيادة حتى حكوا بوجوبها كما صرح به صاحب الهداية . وأجاب صاحب الفرع عن اعتراض صدر الشريعة بأن يقال : إن دراية وجهه موقوفة على مقدمتين مسلمتين : إحداهما أن دعوى الأعيان لا تصح إلا على ذى اليد كما قال في الهداية إنما ينتصب خصما إذا كان في يده . والثانية أن الشبهة معتبرة يجب دفعها لاشبهة الشبهة ، كما قالوا إن شبهة الربا ملحقة بالحققة لاشبهة الشبهة . إذا عرفتهما فاعلم أن في ثبوت اليد على العقار شبهة لكونه غير مشاهد ، بخلاف المنقول فإنه فيه مشاهد فوجب دفعها

إزالة لهذا الاحتمال ، فإن العين في يد ذى اليد في تينك الصورتين بحق . أقول : يرد عليه أنه إن كان ذكر المطالبة مما لا بد منه في دعوى المنقول أيضا فقد حصل زوال الاحتمال المذكور فيها بذكر المطالبة ، كما في دعوى العقار فينبغي أن لا تجب زيادة بغير حق في دعوى المنقول ، كما لا تجب في دعوى العقار ، وإن لم يكن ذكر المطالبة مما لا بد منه في دعوى المنقول يكون الدليل الذى ذكره المصنف في وجوب ذكر المطالبة في دعوى العقار ودعوى الدين وهو قوله لأن المطالبة حتى المدعى فلا بد من طلبه منقوضا بصورة دعوى المنقول . ويمكن أن يجاب عنه بنوع بسط في الكلام وتحقيق المقام ، وهو أن ذكر المطالبة مما لا بد منه في دعوى المنقول أيضا على ما يقتضيه الدليل الذى ذكره المصنف في دعوى العقار وفي دعوى الدين ، لكن لا يجب ذكرها قبل إحضار المدعى عليه المنقول إلى مجلس القاضى ، بل إنما يجب ذكرها بعد إحضاره إليه لأن إعلام المدعى بأقصى ما يمكن شرط ، وذلك في المنقول لا يكون إلا بالإشارة كما مر ، فالمدعى لم يحضر المنقول إلى مجلس القاضى لم تحصل الإشارة إليه ، وما لم يحصل الإشارة إليه لم يصير معلوما بما يجب إعلامه به ، وما لم يصير معلوما بهذا لم تتحقق الفائدة في ذكر المطالبة به ، يرشد إليه قول المصنف فيما سأتى ، لأن صاحب الذمة قد حضر فلم يبق إلا المطالبة حيث يشير إلى أنه ما بقى شيء يتعلق به تمام الدعوى لم يجب ذكر المطالبة . ولا شك أن إحضار المنقول إلى مجلس القاضى مما يتعلق به تمام الدعوى ، فلم يجب قبله على المدعى ذكر المطالبة ، فلما لم يجب قبله عليه ذكرها وجب عليه إذ ذاك أن يقول في يده بغير حق إزالة للاحتمال المذكور حتى يجب على المدعى عليه إحضار المدعى المنقول إلى مجلس القاضى ، ويصح للقاضى تكليفه بإحضاره إليه . والحاصل أن الاحتياج إلى زيادة قيد بغير حق في دعوى المنقول لأجل أن يجب على المدعى عليه إحضار المدعى إلى مجلس الحكم ، ووجوب إحضار المدعى إلى مجلس القاضى مختص بدعوى المنقول كما مر في الكتاب فوجب زيادة القيد المذكور في دعوى المنقول دون غيرها . ثم لما زيد القيد المذكور في دعوى المنقول قبل إحضار المدعى عليه إلى مجلس القاضى وزال الاحتمال المذكور به لم يبق لذكر المطالبة فيها بعد إحضاره

قال المشايخ في المنقول : يجب أن يقول وهو في يده بغير حق ، لأن العين في يد ذى اليد في هاتين الصورتين . بحق ، وإن كان المدعى به حقا في الذمة ذكر المدعى أنه يطالبه به لما قلنا : يعنى قوله لأن المطالبة حقه فلا بد من طلبه ، وهذا لأن صاحب

في دعوى للعقار بإثباته بالبينة لتصح الدعوى ، وبعد ثبوته يكون احتمال كون اليد لغير المالك بحق شبهة الشبهة فلا تعتبر . وأما اليد في المنقول فلكونه مشاهدا لا يحتاج إلى إثباته ، لكن فيه شبهة كون اليد لغير المالك فوجب دفعها لتصح الدعوى . ورد هذا الجواب بأنه قد صرح في الهداية والشروح بأنه لا بد من المطالبة في العقار أيضا ليزول احتمال كونه مرهونا أو محبوسا بالثمن . ويعلم من هذا أنهم اعتبروا ذلك الاحتمال وأوجبوا دفعه في العقار أيضا ، وهذا ليس من شبهة الشبهة التي لم يعتبروها كما لا يخفى على المتدبر انتهى . وإن أردت تحقيق المقام وتلخيص الكلام فاستمع لما يتلى عليك مستعينا بالملك العلام ومستندا من ولى الفيض والإلهام فأقول : لا شك أن في العقار شبهة في ثبوت اليد على المدعى ثم شبهة في كونها بغير حق ، وأن الثانية شبهة الشبهة ، وذلك ظاهر لمن تتبع أقاويلهم ، وأن شبهة الشبهة غير معتبرة إلا إذا اندفعت الشبهة فإن شبهة الشبهة حينئذ تكون شبهة معتبرة ؛ ألا يرى أنهم إذا شهدوا على رجل بالزنا بامرأة غائبة فإنه يحل أن الذى فيه هو شبهة دعوى النكاح إذا حضرت ثم شبهة صدقها في تلك الدعوى فلا تعتبر لكونها شبهة الشبهة ، وأما إذا حضرت قبل الاستيفاء وادعت النكاح لا يحل للرجل اعتبارا لشبهة الصدق . إذا تحققت هذه المقدمات فنقول : لو أتى مدعى العقار بهذه الزيادة وقال هو في يده بغير حق وقد قرع سمك من علماء المربية أنه إذا كان في كلام مثبت أو منى تقييد بوجه من الوجوه فقاط الإفادة هو ذلك القيد يلزم عكس المقصود وهو الإهتمام بدفع شبهة الشبهة مع بقاء الشبهة بحالها فأحالوا دفعها إلى كلام مستقل متأخر بحسب الرتبة عن ثبوت اليد وهو قول المدعى أطالبه فإن في تلك الرتبة اندفعت الشبهة بطريقها وبقيت شبهة الشبهة شبهة معتبرة ، بخلاف المنقول فإن ثبوت اليد فيه مشاهد لا شبهة فيه ، فأوجبوا تلك الزيادة لتندفع شبهة كون اليد بحق . أو فنقول : لو زاد المدعى قوله بغير حق في دعوى العقار وهو متعلق بالكلام الأول ومن جلسته ، ولم يندفع في تلك الحالة شبهة كونه في يده بغيره يلزم اعتبار شبهة الشبهة والمطالبة متأخرة مرتبة عن ثبوت اليد فلا يلزم من اندفاعها به محذور كما نهت عليه ، بخلاف المنقول فإنه ليس فيه شبهة كونه في يده بغيره ، فاعتزم هذا فإنه هو الكلام الفصل ، والقول الجزل . الحمد لله الذى هدانا لهذا وما كنا لنهتدى لولا أن هدانا الله . ثم اعلم أن المطالبة في المنقول كالمطالبة في الديون ليس لدفع الاحتمال بل ذلك مخصوص بالعقار .

إليه إلا علة واحدة ، وهي أن المطالبة حقه فلا بد من ذكره كما هي العلة فقط في دعوى الدين ، بخلاف دعوى العقار فإن لذكر المطالبة فيها علتين كما ذكرهما المصنف ؛ وبهذا البسط والتحقيق تبين اندفاع اعتراض صدر الشريعة على القوم حيث قال في شرحه للوقاية : أقول هذه العلة تشمل العقار أيضا ، فلا أدري ما وجه تخصيص المنقول بهذا الحكم اهـ . ثم إن هاهنا كلمات أخرى للفضلاء المتأخرين ، فلا علينا أن ننقلها ونتكلم عليها . فاعلم أن صاحب الدرر والغرر أجاب عن اعتراض صدر الشريعة بوجه آخر حيث قال : إن دراية وجهه موقوفة على مقدمتين مسلمتين : إحداهما أن دعوى الأعيان لا تصح إلا على ذي اليد ، كما قال في الهداية : إنما يلتصب خصما إذا كان في يده . والثانية أن الشبهة معتبرة يجب دفعها لاشبهة الشبهة ، كما قالوا إن شبهة الربا ملحقة بالحقيقة لاشبهة الشبهة . إذا عرفتهما فاعلم أن في ثبوت اليد على العقار شبهة لكونه غير مشاهد ، بخلاف المنقول فإنه فيه مشاهدة فوجب دفعها في دعوى العقار بإثباته بالبينة لتصح الدعوى ، وبعد ثبوته يكون احتمال كون اليد لغير المالك يحق شبهة الشبهة فلا تعتبر . وأما اليد في المنقول فلكونه مشاهدا لا يحتاج إلى إثباته لكن فيه شبهة كون اليد لغير المالك فوجب دفعها لتصح الدعوى اهـ . ورد عليه هذا الجواب بعضهم بأنه قد صرح في الهداية والشروح بأنه لا بد من المطالبة في العقار أيضا ليزول احتمال كونه مرهونا أو محبوسا بالثمن ، ويعلم من هذا أنهم اعتبروا ذلك الاحتمال وأوجبوا دفعه في العقار أيضا ، وهذا ليس من شبهة الشبهة التي لم يعتبروها كما لا يخفى على المتدبر فتدبر اهـ . وقال بعض الفضلاء : وإن أردت تحقيق المقام وتلخيص الكلام ، فاستمع لما يتلى عليك مستعينا بالملك العلام ، ومستمدا من ولي الفيض والإلهام ، فأقول : لاشك أن في العقار شبهة في ثبوت اليد على المدعى ثم شبهة في كونها بغير حق ، وأن الثانية شبهة الشبهة ، وذلك ظاهر لمن تتبع أقاويلهم ، وأن شبهة الشبهة غير معتبرة إلا إذا اندفعت الشبهة فإن شبهة الشبهة حينئذ تكون معتبرة ؛ ألا يرى أنهم إذا شهدوا على رجل بالزنا بامرأة غائبة فإنه يحد لأن الذي فيه هو شبهة دعوى النكاح إذا حضرت ثم شبهة صدقها في تلك الدعوى فلا تعتبر لكونها شبهة الشبهة . وأما إذا حضرت قبل الاستيفاء وادّعت النكاح لا يحد الرجل اعتبارا لشبهة الصدق . إذا تحققت هذه المقدمات فنقول : لو أتى مدعى العقار بهذه الزيادة وقال هو في يده بغير حق وقد قرع سمعك من علماء العربية أنه إذا كان في كلام مثبت أو منقبيد بوجه من الوجوه فمناط الإفادة هو ذلك القيد يلزم عكس المقصود ، وهو الاهتمام بدفع شبهة الشبهة مع بقاء الشبهة بحالها ، فأحالوا دفعها إلى كلام مستقل متأخر بحسب الرتبة عن ثبوت اليد وهو قول المدعى أطالبه فإن في تلك الرتبة اندفعت الشبهة بطريقها وبقيت شبهة الشبهة معتبرة بخلاف المنقول فإن ثبوت اليد فيه مشاهد لا شبهة فيه فأوجبوا تلك الزيادة لتندفع بها شبهة كون اليد بحق . أو نقول : لو زاد المدعى قوله بغير حق في دعوى العقار وهو متعلق بالكلام الأول ومن جملة ، ولم يندفع في تلك الحالة شبهة كونه في يد غيره يلزم اعتبار شبهة الشبهة والمطالبة متأخرة مرتبة عن ثبوت اليد فلا يلزم من اندفاعها به محذور كما نهت عليه ، بخلاف المنقول فإنه ليس فيه شبهة كونه في يد غيره ، فاغتنم هذا فإنه هو الكلام الفصل والقول الجزل . ثم اعلم أن المطالبة في المنقول كالمطالبة في الديون ليس لدفع الاحتمال بل ذلك مخصوص بالعقار ، إلى هنا كلامه . وأقول : ما ذكره ذلك الفاضل هاهنا وسماه بالتحقيق مما لا يجدى طائلا وما هو بذلك التلقيب بتحقيق . أما أولا فلأن خلاصة كلامه هي أن مدعى العقار لو أتى بتلك الزيادة وجعلها قيدا للكلام الأول وقصد بها دفع شبهة كون اليد بحق لزم اعتبار شبهة الشبهة والاهتمام بدفعها مع بقاء الشبهة وهي شبهة كونه في يد الغير بحالها إذ لم تندفع هذه الشبهة قبل ثبوت اليد ، وقد تقرر عندهم أن شبهة الشبهة غير معتبرة قبل اندفاع الشبهة ، فأحالوا دفع شبهة الشبهة إلى كلام مستقل متأخر في الرتبة عن ثبوت اليد وهو قول المدعى أطالبه ، فإن في تلك المرتبة اندفعت الشبهة وبقيت شبهة الشبهة معتبرة ، بخلاف المنقول فإن ثبوت اليد فيه مشاهد فليس فيه شبهة كونه في يد غيره فأوجبوا

الذمة قد حضر فلم يبق إلا المطالبة ، لكن لا بد من تعريفه بالوصف بأن قال ذهبا أو فضة ، فإن كان مضروبا يقول كذا كذا دينارا أو درهما جيد أو رديء أو وسط إذا كان في البلد نقود مختلفة ، وأما إذا كان في البلد نقد واحد فلا حاجة إلى ذلك .

قال (وإن كان حقا في الذمة ذكر أنه يطالبه به) لما قلنا ، وهذا لأن صاحب الذمة قد حضر فلم يبق إلا المطالبة لكن لابد من تعريفه بالوصف لأنه يعرف به . قال (وإذا صححت الدعوى سأل المدعى عليه عنها) لينكشف له وجه الحكم (فإن اعترف قضى عليه بها)

تلك الزيادة لينتفع بها شبه كون اليد بحق لكنها ليست بتامة ، لأن الحاصل منها أن لا يصح الإتيان بتلك الزيادة في دعوى العقار على أن تجعل تلك الزيادة قيدا للكلام الأول ، وهذا لا ينافي صحة الإتيان بها على أن تجعل كلاما مستقلا بأن يقول المدعى إنه في يده وإن يده بغير حق ، فإن الزيادة حينئذ تصير كلاما مستقلا كما ترى وتصير متأخرا في الرتبة عن ثبوت اليد كقوله أطلبه لأنه كما أن حق ذكر المطالبة أن يكون بعد ثبوت اليد ، كذلك حق ذكر أن يده بغير حق بعد ثبوتها ، إذ قبل ثبوت اليد كما لا فائدة في المطالبة لا فائدة أيضا في بيان أن يده بغير حق ، وهذا مما لا ستره به فلم يظهر وجه عدم تلك الزيادة مطلقا في دعوى المنقول . وبالحملة إن ما ذكره وجه لفظي مخصوص بصورة كون الزيادة قيدا للكلام الأول لأوجه فقهي عام لجميع صور الزيادة فلا يتم التقريب قطعا . وأما ثانيا فلأنه حينئذ يبقى الإشكال في المقام بأن شبه كون اليد بحق تندفع في دعوى المنقول أيضا بالمطالبة ، فينبغي أن تترك الزيادة المذكورة في دعوى المنقول كما تترك في دعوى العقار ، ولا ينحل هذا الإشكال بما ذكره بقوله ثم اعلم أن المطالبة في المنقول كالمطالبة في الديون ليس لدفع الاحتمال بل ذلك مخصوص بالعقارات انتهى ، لأن دفع الاحتمال المذكور يحصل قطعا من ذكر المطالبة في المنقول أيضا فلا يدفع : أي لا يقصد بها دفع ذلك الاحتمال في المنقول استدراك الزيادة المذكورة فيه . وأما ما قدمناه من التحقيق فيندفع به هذا الإشكال كما يندفع به اعتراض صدر الشريعة كما تحققت من قبل . الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله (قال) أي القدوري في مختصره (وإن كان حقا في الذمة) أي وإن كان المدعى حقا ثابتا في الذمة : يعني إن كان ديننا لاعتينا (ذكر أنه يطالبه به) يعني ذكر أنه يطالبه به من غير أن يشترط فيه ما يشترط في العين على ما فصل فيما مر (لما قلنا) تعليل لمجرد ذكر المطالبة فيه وإشارة إلى قوله لأن المطالبة حقه فلا بد من طلبه (وهذا) أي الاكتفاء فيه بذكر المطالبة (لأن صاحب الذمة قد حضر فلم يبق إلا المطالبة لكن لابد من تعريفه) أي تعريف ما في الذمة وهو الدين (بالوصف) أي بالصفة ؛ فالمعنى لكن لابد من تعريفه بالوصف كما لابد من تعريفه بالجنس والقدرة على ما عرف فيما مر من قول القدوري ، ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما في جنسه وقدره (لأنه يعرف به) أي لأن ما في الذمة يعرف بالوصف : أي الصفة ، بأن يقال إنه جيد أو وسط أو رديء بعد أن يذكر جنسه وقدره ، ولكن إنما يحتاج إلى ذكر الصفة فيما إذا كان المدعى ديننا وزنيا إن كان في البلد فنقد مختلفة . أما إذا كان في البلد نقد واحد فلا يحتاج إلى ذلك كما ذكر في الشروح ومعتبرات الفتاوى ، وهذا كله على تقدير أن يكون مراد المصنف بالوصف هاهنا معنى الصفة كما هو الظاهر من حيث اللفظ ، لكن الأظهر من حيث معنى المقام أن يكون مراده به معنى البيان ، فالمعنى لكن لابد من تعريف ما في الذمة أيضا بالبيان : أي ببيان ما يحتاج إلى ذكره من جنسه وقدره مطلقا ، ومن نوعه وصفته في بعض الصور على ما فصل في النهاية والكفاية نقلا عن الذخيرة وفصول الاستروشنى . وبالحملة لابد في كل جنس من الإعلام بأقصى ما يمكن به التعريف (قال) أي القدوري في مختصره (وإذا صححت الدعوى) أي وإذا صححت الدعوى بشروطها (سأل) أي القاضي (المدعى عليه عنها) أي عن الدعوى (لينكشف له وجه الحكم) أي لينكشف للقاضي وجه الحكم : أي طريقه إن ثبت حق المدعى فإن الحكم منه يكون بأحد أمور ثلاثة : البينة ، والإقرار ، والنكول . ولكل واحد منها طريق مخصوص من القضاء فلا بد من السؤال لينكشف له طريق حكمه (فإن اعترف قضى عليه بها) أي فإن اعترف المدعى عليه قضى القاضي عليه بالدعوى بمعنى المدعى وبالحملة : لابد في كل جنس من الإعلام بأقصى ما يمكن به التعريف . قال (وإذا صححت الدعوى الخ) إذا صححت الدعوى بشروطها سأل القاضي المدعى عليه عنها لينكشف له وجه الحكم ، فإنه على وجهين : إما أن يكون أمرا بالخروج مما لزمه بالحجة ،

(قوله وإذا صححت الدعوى ، إلى قوله فإنه الخ) أقول : يعني فإن الحكم على وجهين : إما أن يكون أمرا بالخروج الخ .

لأن الإقرار موجب بنفسه فيأمره بالخروج عنه (وإن أنكر سأل المدعى البينة) لقوله عليه الصلاة والسلام « ألك بينة ؟ فقال لا ، فقال : لك يمينه » سأل ورتب اليمين على فقد البينة فلا بد من السؤال ليكنه الاستحلاف . قال (فإن أحضرها قضى بها) لانتفاء التهمة عنها (وإن عجز عن ذلك وطلب يمين خصمه استحلفه عليها) لما روينا ، ولا بد من طلبه لأن اليمين حقه ؛ ألا يرى أنه كيف أضيف إليه بحرف اللام فلا بد من طلبه .

أو بموجب الدعوى . ثم إن إطلاق لفظ القضاء هاهنا توسع لأن الإقرار حجة بنفسه فلا يتوقف على القضاء ، فكان الحكم من القاضي إلزاما للخروج عن موجب ما أقر به ، بخلاف البينة لأنها إنما تصير حجة باتصال القضاء بها ، فإن الشهادة خبر يحتمل الصدق والكذب ، وقد جعلها القاضي حجة بالقضاء بها وأسقط جانب احتمال الكذب في حق العمل بها ، كذا في الشروح وغيرها ، وقد أشار إليه المصنف بقوله (لأن الإقرار موجب بنفسه فيأمره) أى يأمر القاضي المدعى عليه (بالخروج عنه) أى عما يوجب الإقرار (وإن أنكر) أى المدعى عليه (سأل المدعى البينة) أى طلب القاضي من المدعى البينة (لقوله عليه الصلاة والسلام) أى لقول النبي عليه الصلاة والسلام للمدعى (ألك بينة ؟ فقال لا) أى قال المدعى لا بينة لي (فقال) أى قال النبي صلى الله عليه وسلم (لك يمينه) أى يمين المدعى عليه (سأل) أى سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم المدعى عن البينة (ورتب اليمين على فقد البينة فلا بد من السؤال) أى فلا بد للقاضي من السؤال عن البينة (ليكنه الاستحلاف) أى ليكن القاضي استحلاف المدعى عليه عند فقد البينة (قال) أى القدرى في مختصره (فإن أحضرها) أى فإن أحضر المدعى البينة على وفق دعواه (قضى بها) أى قضى القاضي بالبينة (لانتفاء التهمة عنها) أى عن الدعوى لترجح جانب الصدق على الكذب بالبينة وهى : أى البينة فعيلة من البيان لأنها دلالة واضحة يظهر بها الحق من الباطل ، وقيل فعيلة من البين إذ بها يقع الفصل بين الصادق والكاذب كذا في الكافي (وإن عجز عن ذلك) أى وإن عجز المدعى عن إحضار البينة (وطلب يمين خصمه) وهو المدعى عليه (استحلفه عليها) أى استحلف القاضي خصمه على دعواه (لما روينا) إشارة إلى قول النبي صلى الله عليه وسلم لك يمينه بعد أن قال المدعى لا (ولا بد من طلبه) أى من طلب المدعى استحلاف خصمه (لأن اليمين حقه) أى حق المدعى (ألا يرى أنه كيف أضيف إليه بحرف اللام) أى كيف أضيف اليمين إلى المدعى بحرف اللام في قوله صلى الله عليه وسلم « لك يمينه » والإضافة إليه بحرف اللام مقتضية للاختصاص تنصيص على أن اليمين حقه ، وإنما قال المصنف أضيف بتذكير الفعل مع كونه مستندا إلى ضمير اليمين التى هى مؤنث على تأويل القسم أو الحلف . قال صاحب الكافي : والفقه فيه : أى في كون اليمين حق المدعى أن المدعى يزعم أنه أتوى حقه بإنكاره فشرع الاستحلاف ، حتى لو كان الأمر كما زعم يكون إتياء بمقابلة إتياء ، فإن اليمين الفاجرة تدع الديار بلاقع

أو يصير ما هو بعربية أن يصير حجة حجة ، وذلك لأنه إما أن يعترف بما ادعاه أو ينكر ، فإن كان الأول فالحكم فيه أن يأمره بأن يخرج عما أقر به لأن الإقرار حجة بنفسه لا يتوقف على قضاء القاضي لكامل ولاية الإنسان على نفسه ، فكان الحكم من القاضي أمرا بالخروج على موجب ما أقر به ، ولهذا قالوا : إطلاق الحكم توسع ، وإن كان الثاني فالحكم فيه أن يجعل القاضي الشهادة المحتملة للصدق والكذب التى هى بعرضية أن تصير حجة إذا قضى القاضي بها حجة في حق العمل مسقطا احتمال الكذب فيها ، فإذا لابد من السؤال ليتكشف له أحد الوجهين ؛ فإذا سأل ، فإن اعترف به أمره بالخروج عنه ، وإن أنكر سأل المدعى البينة لقوله صلى الله عليه وسلم « لك بينة ؟ فقال لا ، فقال : لك يمينه » سأل صلى الله عليه وسلم ورتب اليمين على فقد البينة ، فإن أحضرها قضى بها لانتفاء التهمة عن الدعوى لترجح جانب الصدق على الكذب ، وإن عجز عنها وطلب يمين خصمه استحلفه عليها لما روينا ، يريد به قوله صلى الله عليه وسلم « لك يمينه » ولا بد من طلبه الاستحلاف لأن اليمين حقه ؛ ألا يرى أنه

(قوله وإن كان الثاني : إلى قوله : إذا قضى القاضي بها حجة) أقول : قوله حجة مفعول ثان أن يجعل (قال المصنف : لقوله عليه الصلاة والسلام « ألك بينة ؟ فقال لا ، فقال لك يمينه ») أقول : الرواية في المصباح « فلك يمينه » وهذا أظهر في الدلالة على الترتيب .

وألا ينال المدعى عليه الثواب بذكر الله تعالى على سبيل التعظيم صادقا ، ولا يتضرر به بوجه انتهى . وقال صاحب النهاية بعد ذكر ما في الكافي : ثم إنما رتب اليمين على البينة لا على العكس ، لأن نفس الدعوى ليست بموجبة استحقاق المدعى للمدعى لأن فيه إساءة الظن بالآخر ، وذلك لا يجوز فوجب إقامة البينة على المدعى لإثبات استحقاقه بها ، فيطالبه القاضي بذلك لاعلى وجه الإلزام عليه بل على وجه التذكير له ، فلو قدمنا اليمين لم يكن فيه نظر للمدعى عليه ، إذ إقامة البينة مشروعة بعد اليمين ، فلو حلفناه أولا ثم أقام المدعى البينة افتضح المدعى عليه باليمين الكاذبة انتهى . وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية : وفيه نظر ، وبين وجه النظر فيما نقل عنه حيث قال : وجه ذلك أن الشرع لو ورد بتقديم اليمين لما كانت إقامة البينة بعد ذلك مشروعة ، كما إذا أقام البينة فإن اليمين بعدها ليست بمشروعة اهـ . وقال بعض الفضلاء : قوله لما كانت إقامة البينة بعد ذلك مشروعة فيه بحث ، بل تكون مشروعية البينة إذا عجز عن اليمين بأن نكل فليتأمل اهـ . أقول : بحث هذا ليس بشيء لأن مراد صاحب العناية بقوله المذكور لما كانت إقامة البينة بعد تحقق اليمين وصدوره من المدعى عليه مشروعة يرشد إليه قطعا قوله كما إذا أقام البينة فإن اليمين بعدها ليست بمشروعة ، ومراد صاحب النهاية أيضا بقوله إذ إقامة البينة مشروعة بعد اليمين مشروعية إقامة البينة بعد تحقق اليمين وصدوره من المدعى عليه ، لأن افتضاح المدعى عليه باليمين الكاذبة إنما يلزم في هذه الصورة ، فاحتمال كون مشروعية البينة إذا عجز المدعى عليه عن اليمين بأن نكل لا يفيد في دفع نظر صاحب العناية عما قاله صاحب النهاية ، على أن هذا الاحتمال ليس بصحيح في نفسه لأن النكول عن اليمين ليس بعجز عنها ، إذ هو حالة اختيارية دالة على صدق المدعى ، بخلاف العجز عن البينة على ما لا يخفى . ثم أقول : بقى نظر آخر في كلام صاحب النهاية ، وهو أن مشروعية إقامة البينة بعد اليمين تقتضى أن لا يكون افتضاح المدعى عليه باليمين الكاذبة محذورا شرعيا ، لأن إقامة البينة بعد اليمين تستلزم الافتضاح المزبور ، ومشروعية إقامتها بعد اليمين تقتضى حسنها ، فإن كل ما هو مشروع فهو حسن عندنا ، والظاهر أن ما يستلزم الحسن الشرعي فهو حسن شرعي أيضا فلا يصير الافتضاح المزبور محذورا شرعيا فلا يتم التقريب فتأمل .

كيف أضيف إليه بحرف اللام في قوله « لك يمينه » . قيل إنما جعل يمين المنكر حق المدعى لأنه يزعم أن خصمه أنوى حقه بإنكاره ، فالشرع جعل له حق استحلافه ، حتى إذا كان الأمر كما زعم فاليمين الغموس مهلكة لخصمه فيكون إتواء بمقابلة إتواء وهو مشروع كالفقاص ، وإن كان الأمر بخلاف ما زعم فالمدعى عليه ينال الثواب بذكر اسم الله تعالى صادقا ، ثم إنما رتب اليمين على البينة لاعلى العكس لأن نفس الدعوى ليست بموجبة استحقاق المدعى لما ادعاه ، لأن فيه إساءة الظن بالآخر وذلك لا يجوز ، فوجب إقامة البينة على المدعى لإثبات استحقاقه بها فيطالبه القاضي بذلك لاعلى وجه الإلزام عليه بل على وجه التذكير له ، فلو قدمنا اليمين لم يكن فيه نظر للمدعى عليه ، إذ إقامة البينة مشروعة بعد اليمين ، فن الجائر إقامتها بعدها ، وفي ذلك افتضاحه باليمين الكاذبة ، وفيه نظر .

(قوله قيل إنما جعل) أقول : هذا القيل لصاحب النهاية وأصله في المبسوط (قوله وفي ذلك افتضاحه باليمين الكاذبة) أقول : انتهى كلام النهاية مع تفسير يسير في بعض عبارته (قوله وفيه نظر) أقول : نقل من خط الشارح ما هو صورته : وجه ذلك أن الشرع لو ورد بتقديم اليمين لما كان إقامة البينة بعد ذلك مشروعة كما إذا أقام البينة فإن اليمين بعدها ليست بمشروعة . انتهى قوله لما كان إقامة البينة بعد ذلك مشروعة الخ فيه بحث ، بل تكون مشروعية البينة إذا عجز عن اليمين بأن نكل فليتأمل .

(باب اليمين)

(وإذا قال المدعى لى بيته حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف) عند أبي حنيفة رحمه الله ، معناه حاضرة فى المصر .

(باب اليمين)

قال صاحب النهاية : وهذا الترتيب من الترتيب الوجودى لما أن مشروعية اليمين بعد العجز عن إقامة البيعة ، فلما ذكر حكم البيعة وما يتعلق به ذكر فى هذا الباب حكم اليمين اه . أقول : فيه شئ ، وهو أن كون مشروعية اليمين بعد العجز عن إقامة البيعة لا يجرى على قول أبي يوسف رحمه الله ، وعلى قول محمد رحمه الله فى رواية كما سيظهر فى صدر هذا الباب ، فلم يكن ما ذكره وجهها جامعاً لأقوال أئمتنا ، على أنه لما ذكر فيها تقدم حال البيعة لإجمالا ذكر فيه أيضاً حال اليمين لإجمالا ، فهما مشتركان فى الذكر الإجمالى فيما قبل هذا الباب . وأما تفاصيل أحكام البيئات فتذكر فيما بعد هذا الباب كما تذكر تفاصيل أحكام اليمين فى هذا الباب ، فلم يظهر كون ترتيب الكتاب على الترتيب الوجودى ؛ فالأولى ما قاله صاحب العناية من أنه لما ذكر أن الخصم إذا أنكر الدعوى وعجز المدعى عن إقامة البيعة وطلب اليمين يجب عليه أن يحلف أراد أن يبين الأحكام المتعلقة باليمين انتهى . وقال صاحب غاية البيان : أقول ما كان يحتاج هاهنا إلى الفصل بالباب ، بل كان ينبغى أن يسوق الكلام متوالياً ، لأنه لما ذكر صحة الدعوى رتب عليها الحكم بالإقرار والبيعة واليمين انتهى . وقال الشارح العيني بعد نقل ما فى غاية البيان : قلت الذى رتبته المصنف هو الأصل لأنه لما كانت اليمين مشروعة بعد فقد البيعة تعين ذكرها بعدها بأحكامها وشرائطها انتهى . أقول : هذا الكلام منه فى معرض الجواب عما نقله من العجائب ، لأن ما استقبحه صاحب غاية البيان إنما هو الفصل بالباب لا ذكر اليمين بعد البيعة ، كيف وقد قال : بل كان ينبغى أن يسوق الكلام متوالياً ، فا ذكره الشارح العيني مما لا مساس له بدفع ما استقبحه صاحب الغاية فكأنه ما فهم معنى صريح كلامه . ثم أقول : فى دفع ذلك إن أفراد بعض المسائل من بين أخواتها بوضع باب مستقل لها أو كتاب أو فصل لكثرة مباحثها وأحكامها ، أو لتعلق غرض آخر باستقلالها كإفراد الطهارة من بين سائر شروط الصلاة بوضع كتاب مستقل لها وغيرها مما له باب مستقل أو فصل مستقل شائع ذائع فيما بينهم ، وهذا الباب أيضاً من ذلك القبيل ، ولهذا ترى الثقات من أصحاب الكتب المتبررة من الفتاوى وغيرها جروا على أفراد مسائل اليمين بباب أو فصل مستقل فليس ما صنعه المصنف هاهنا بمحل استقباح ولا استبعاد كما لا يخفى (وإذا قال المدعى لى بيته حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف عند أبي حنيفة) هذا لفظ القدورى . قال المصنف (معناه حاضرة فى المصر) أى معنى قول القدورى : إذا قال المدعى لى بيته حاضرة فى المصر . واحتز بهذا القيد عن البيعة الحاضرة فى مجلس الحكم ، فإن البيعة إذا حضرت فى مجلس الحكم لم يستحلف بالاتفاق كما أشار إليه المصنف بقوله فيما سأتى كما إذا كانت البيعة حاضرة فى المجلس ، واحتز بقوله حاضرة عن البيعة الغائبة عن الغائبة عن المصر ، فإنها إذا غابت عن المصر يستحلف بالاتفاق . ثم إن الظاهر كان أن يقرن المصنف قوله معناه حاضرة فى المصر بذكر قول القدورى إذا قال المدعى لى بيته حاضرة وقد أخره عن ذكر قوله وطلب اليمين لم يستحلف عند أبي حنيفة رحمه الله

(باب اليمين)

لما ذكر أن الخصم إذا أنكر الدعوى وعجز المدعى عن إقامة البيعة وطلب اليمين يجب عليه أن يحلف أراد أن يبين الأحكام المتعلقة باليمين . قال (وإذا قال المدعى لى بيته حاضرة الخ) إذا قال المدعى لى بيته حاضرة فى المصر وطلب يمين خصمه لم يستحلف عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف : يستحلف لأن اليمين حقه بالحديث المعروف وهو قوله عليه الصلاة والسلام « لك يمينه »

(باب اليمين)

وقال أبو يوسف : يستحلف لأن اليمين حقه بالحديث المعروف ، فإذا طالبه به يجيبه . ولأبي حنيفة رحمه الله أن ثبوت الحق في العين مرتب على العجز عن إقامة البينة لما رويناه فلا يكون حقه دونه ، كما إذا كانت البينة حاضرة في المجلس .

فلعل وجهه أمران : أحدهما أن المصنف استقبح قطع كلام القدوري بكلام نفسه فانتظر أن يتم جواب مسألة القدوري ثم فسر مراده بالحضور في المصر . وثانيهما أن فائدة هذا التفسير الاحتراز عن صورة الحضور في المجلس حيث كان عدم الاستحلاف هناك بالاتفاق وفيما نحن فيه بالاختلاف ، فما لم يذكر القول المشعر بالخلاف في مسئلتنا وهو قول القدوري لم يستحلف عند أبي حنيفة رحمه الله لم تظهر فائدة هذا التفسير ، فافتضى هذا السر تأخير المصنف قوله الزبور عن ذكر قول القدوري لم يستحلف عند أبي حنيفة رحمه الله (وقال أبو يوسف : يستحلف لأن اليمين حقه) أي حق المدعى (بالحديث المعروف) فسر عامة الشراح الحديث المعروف بما مرقبيل هذا الباب من قول النبي صلى الله عليه وسلم « لك يمينه » ولكن قال صاحب غاية البيان بعد ما فسر مراد المصنف بالحديث المعروف بما فسر به سائر الشراح : ويحوز أن يريد به قوله صلى الله عليه وسلم « واليمين على من أنكر » أقول : لا يذهب على من تتبع أساليب تحرير المصنف في كتابه هذا أنه يعبر عن الحديث الذي ذكره فيما قبل بما رويناه كما يعبر عن الآية التي ذكرها فيما قبل بما تلونا ، وعن الدليل العقلي الذي ذكره فيما قبل بما ذكرنا ، فلو كان مراده بالحديث المعروف ما ذكره فيما قبل من قوله عليه الصلاة والسلام « لك يمينه » لماعدل عن أسأوبه المقرر ، ألا يرى أنه كيف جرى على ذلك الأسلوب في ذكر دليل أبي حنيفة رحمه الله حيث قال : إن ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن إقامة البينة بما رويناه مريدا به الحديث المذكور فيما قبل . فالحق أن مراده بالحديث المعروف إنما هو قول النبي صلى الله عليه وسلم « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » أي ما جوزه صاحب الغاية لاغير . ويؤيده تحرير صاحب الكافي هاهنا حيث قال : وقال أبو يوسف رحمه الله : يستحلف لعموم قوله عليه الصلاة والسلام « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » انتهى . فإن قلت : الذي حمل الشراح على تفسيرهم الحديث المعروف بما ذكر قول المصنف لأن اليمين حقه ، فإن كون اليمين حق المدعى يفهم من قوله عليه الصلاة والسلام « لك يمينه » حيث أضاف إليه اليمين بلام الملك والاختصاص . قلت : نعم ولكن يفهم ذلك أيضا من قوله صلى الله عليه وسلم « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » فإن كلمة على في قوله « على من أنكر » تدل على أن المنكر هو المستحق عليه باليمين فالمستحق له هو المدعى . نعم ان فهمهم من الأول أظهر ، لكن هذا لا يوجب حل كلام المصنف رحمه الله على خلاف ما جرت عليه عادته المطردة (فإذا طالبه به يجيبه) أي إذا طالب المدعى عليه باليمين يجيب القاضي المدعى : أي يحكم له بيمين المدعى عليه أو يجيب المدعى عليه المدعى : أي يحلف (ولأبي حنيفة أن ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن إقامة البينة لما رويناه) من قوله عليه الصلاة والسلام للمدعى « ألك بينة ؟ فقال لا ، فقال : لك يمينه » فإنه ذكر اليمين بعد ما عجز المدعى عن البينة (فلا يكون حقه دونه) أي لا يكون اليمين حق المدعى دون العجز عن إقامة البينة : أي بغير العجز عنها . أقول : لقائل أن يقول : إن كون ثبوت الحق في اليمين مرتبا على العجز عن إقامة البينة فيما رواه من الحديث الشريف لا يدل على أن لا يكون اليمين حق المدعى دون العجز عنها إلا بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بحجة عندنا ، فكيف يتم الاستدلال به في مقابلة عموم الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » (كما إذا كانت البينة حاضرة في المجلس) أي مجلس الحكم حيث لا يثبت له حق اليمين هناك فكذا هاهنا والجامع القدرة على إقامة البينة . أقول : لأبي يوسف رحمه الله أن يفرق بين

فإذا طالبه به يجيبه . ولأبي حنيفة أن ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن إقامة البينة لما رويناه من قوله عليه الصلاة والسلام للمدعى « ألك بينة ؟ فقال لا ، فقال : لك يمينه » فإنه عليه الصلاة والسلام ذكر اليمين بعد ما عجز المدعى عن البينة

(قوله فإنه ذكر اليمين بعد ما عجز الخ) أقول : فيه تأمل ، فإن دلالة ذكر اليمين بعد ما عجز المدعى عن البينة على أن لا يكون حقه دونه

ومحمد مع أبي يوسف رحمه الله فيما ذكره الخصاص ، ومع أبي حنيفة فيما ذكره الطحاوى . قال (ولا تردّ اليمين على المدعى) لقوله عليه الصلاة والسلام « البينة على المدعى ، واليمين على من أنكر » قسم والقسمة تنافى الشركة ، وجعل جنس الأيمان على المنكرين ،

الصورتين بأن يقول : إذ لم تكن البينة حاضرة في مجلس الحكم فللمدعى غرض صحيح في الاستحلاف ، وهو أن يقصر المسافة والمؤنة عليه بإقرار المدعى عليه أو بنكوله عن اليمين فيتوصل إلى حقه في الحال فكان له حق اليمين ، بخلاف ما إذا كانت البينة حاضرة في مجلس الحكم ، فإن هذا الغرض : أعنى قصر المسافة والمؤنة عليه والتوصل إلى حقه في الحال يحصل بإقامة البينة ، فلم يبق له غرض صحيح في الاستحلاف قبل إقامتها فلم يكن له حق اليمين قبلها فلم يتم الاستدلال على قول أبي حنيفة رحمه الله هاهنا بطريق القياس أيضا كما يشعر به كلام المصنف (ومحمد مع أبي يوسف فيما ذكره الخصاص ومع أبي حنيفة فيما ذكره الطحاوى) قال صاحب غاية البيان : وهذه رواية عجيبة ، لأن الشيخ أبا جعفر الطحاوى قال في مختصره : ومن ادعى على رجل مالا ذكره وطلب من القاضي استحلافه له على ذلك بعد إنكار المدعى عليه عند القاضي ما ادعاه المدعى ، فإن أبا حنيفة رحمه الله قد روى عنه في ذلك أن القاضي لا يستحلف له المدعى عليه إن ذكر المدعى أن له على دعواه بينة حاضرة ، ولم نجد هذه الرواية عن محمد رحمه الله . وقال أبو يوسف رحمه الله : يستحلف له على ذلك ، ولا يمنعه من استحلافه له ذكره أن له بينة حاضرة تشهد له على دعواه ، إلى هنا لفظ الطحاوى في مختصره ، وقد أنكر الرواية عن محمد أصلا كما ترى ، ومع هذا كيف يدعى صاحب الهداية أن محمدا مع أبي حنيفة رحمه الله فيما ذكره الطحاوى ؛ ألا ترى أن القدورى قال في كتاب التقريب : قال الطحاوى لم توجد هذه الرواية عن محمد انتهى كلام صاحب الغاية . وقال الشارح العيني بعد أن ذكر إنكار صاحب الغاية على المصنف في جملة محمدا مع أبي حنيفة فيما ذكر الطحاوى وبعد أن نقل ما قاله صاحب الغاية إجمالا . قلت : لوجه لهذا الإنكار لأن عدم وقوف الطحاوى على أن محمدا مع أبي حنيفة لا يستلزم عدم وقوف غيره من المصنف وغيره انتهى . أقول : هذا الكلام منه عجيب ، لأن الذى أنكر فيه صاحب الغاية على المصنف إنما هو إسناد المصنف رواية كون محمد مع أبي حنيفة إلى الطحاوى بناء على أن الطحاوى قد أنكر هذه الرواية عن محمد بالكلية في مختصره ، فكيف يصح أن يسند المصنف إليه ، وليس الذى أنكر فيه صاحب الغاية على المصنف صحة هذه الرواية عن محمد رحمه الله في أصلها ، حتى يتمشى ما قاله العيني من أن عدم وقوف الطحاوى على هذه الرواية لا يستلزم عدم وقوف غيره عليها ، وكون محل إنكار صاحب الغاية ما ذكرناه مما يتبادى عليه ألفاظ تحريره فكيف خفى على الشارح العيني (قال) أى القدورى في مختصره (ولا تردّ اليمين على المدعى لقوله عليه الصلاة والسلام « البينة على المدعى واليمين على من أنكر ») وجه الاستدلال به ما أشار إليه المصنف بقوله (قسم) أى قسم النبي صلى الله عليه وسلم بين الخصمين حيث جعل البينة على المدعى واليمين على من أنكر (والقسمة تنافى الشركة) لأن الشركة تقتضى عدم التمييز والقسمة تقتضى التمييز وهما متنافيان . وبقوله (وجعل جنس الأيمان على المنكرين) إذ الألف واللام لاستغراق الجنس بناء على ما تقرر في كتب الأصول أن لام التعريف تحمل على الاستغراق ، ويقدم على تعريف الحقيقة إذا لم يكن هناك

فلا يكون حقه دونه كما إذا كانت البينة حاضرة في مجلس الحكم ، ومحمد مع أبي يوسف فيما ذكره الخصاص ، ومع أبي حنيفة فيما ذكره الطحاوى ، ولا تردّ اليمين على المدعى لأنه صلى الله عليه وسلم قسم بين الخصمين فجعل البينة على المدعى واليمين على من أنكر ، والقسمة تنافى الشركة لأنها تقتضى عدم التمييز والقسمة تقتضيه (قوله وجعل جنس الأيمان على المنكرين في قوله

ليست في الظهور بحيث لا يقبل المنع (قال المصنف : فلا يكون حقه دونه) أقول : لعل أبا يوسف يقول هذه الصيغة كقوله تعالى . فاشتهدوا بشهادتهم رجالكم - فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان - ثم هناك تقبل شهادة الرجال مع النساء بدون المعجز عن شهادة الرجال فكذلك هنا ينبغي أن يجوز الاستحلاف دون المعجز عن البينة فليتأمل ، فإنه يجوز أن يجاب عنه بأجوبة عديدة منها ما يشير إليه قوله كما إذا كانت الخ (قوله ومحمد مع أبي يوسف) أقول : ولعل أبا يوسف يكتفى بالمعجز في المجلس فإن للمجلس خصائص (قال المصنف : قسم الخ)

وليس وراء الجئس شئ ء ، وفيه خلاف الشافعي رحمه الله . قال (ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق ،

معهود ، وهاهنا كذلك (وليس وراء الجئس شئ ء) أي شئ من أفراد ذلك الجئس فيكون المعنى أن جميع الأيمان على المنكرين ، فلو ردّ اليمين على المدعي لزم المخالفة لهذا النص فقد حصل من كلام المصنف الاستدلال بالحديث المزبور على المسئلة المذكورة من وجهين كما ترى (وفيه خلاف الشافعي) أي في عدم ردّ اليمين على المدعي خلاف الشافعي . قال صاحب الكافي : وعند الشافعي إذا لم يكن للمدعي بينة أصلا وحلف القاضي المدعي عليه فنكّل يردّ اليمين على المدعي ، فإن حلف قضى به وإلا لا ، لأن الظاهر صار شاهدا للمدعي بنكوله فيعتبر يمينه كالمدعي عليه ، وكذا إذا أقام المدعي شاهدا واحدا وعجز عن إقامة شاهد آخر فإنه يردّ اليمين عليه ، فإن حلف قضى له بما ادّعى ، وإن نكل لا يقضى له بشئ ء ، لأنه عليه الصلاة والسلام قضى بشاهد ويمين ، ثم قال : وحديث الشاهد واليمين غريب ، وما روينا مشهور تلقته الأمة بالقبول حتى صار في حيز التواتر فلا يعارضه ، على أن يحيى بن معين قد رده انتهى . وقال الإمام الزيلعي في التبيين : قال الشافعي : إذا لم يكن للمدعي بينة يحلف المدعي عليه ، فإذا نكل تردّ اليمين على المدعي ، فإن حلف قضى له ، وإن نكل لا يقضى له لأن الظاهر صار شاهدا للمدعي بنكوله فيعتبر يمينه كالمدعي عليه ، فإنه لما كان الظاهر شاهدا له اعتبر يمينه . وقال أيضا : إذا أقام المدعي شاهدا واحدا وعجز عن الآخر يحلف المدعي ويقضى له ، لما روى « أنه عليه الصلاة والسلام قضى بشاهدين ويمين » ويروى « أنه عليه الصلاة والسلام قضى باليمين مع الشاهد » . ولنا ما روينا وما رواه ضعيف ردّه يحيى بن معين فلا يعارض ما روينا ، ولأنه يرويه ربيعة عن سهل بن أبي صالح وأنكره سهل فلا يبقى حجة بعد ما أنكره الراوى فضلا عن أن يكون معارضا للمشاهير ، ولأنه يحتمل أن يكون معناه قضى تارة بشاهد : بمعنى بجئسه وتارة بيمين ، فلا دلالة فيه على الجمع بينهما ، وهذا كما يقال ركب زيد الفرس والبغلة ، والمراد على التعاقب ، ولئن سلم أن يقتضى الجمع فليس فيه دلالة على أنه يمين المدعي ، بل يجوز أن يكون المراد به يمين المدعي عليه ، ونحن نقول به لأن الشاهد الواحد لا يعتبر ، فوجوده كعدمه فيرجع إلى يمين المنكر عملا بالمشاهير ، إلى هنا كلامه (قال) أي القدرى في مختصره (ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق) أراد بالملك المطلق أن يدعى الملك من غير أن يتعرض للسبب

عليه الصلاة والسلام « واليمين على من أنكر » وليس وراء الجئس شئ ء) استدلال آخر بالحديث ، وفيه خلاف الشافعي وسيأتي . قال (ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق الخ) ولا تقبل بينة ذى اليد في الملك المطلق لأنه مدعى عليه ، وليس عليه البينة لما روينا ، وقيد بالملك المطلق احترازا عن المقيد بدعوى التنازع ، وعن المقيد بما إذا ادعى تلى الملك من واحد وأحدهما قابض ، وبما إذا ادعى الشراء من اثنين وتاريخ أحدهما أسبق فإن في هذه الصور تقبل بينة ذى اليد بالإجماع . فإن قيل : أما انتقض مقتضى القسمة حيث قبلت بينة ذى اليد وهو مدعى عليه . قلت : نعم لأن قبولها من حيث ما ادعى من الزيادة من التنازع والقبض وسبق التاريخ فهو من تلك الجهة مدع والبيئة للمدعي . فإن قلت : فهل يجب على الخارج اليمين لكونه إذ ذاك مدعى عليه قلت لا ، لأن اليمين إنما تجب عند عجز المدعي عن البينة وهاهنا لم يعجز ، وإذا تعارضت بينة الخارج وبينة ذى اليد في الملك .

أقول : استئناف بيان (قال المصنف : وفيه خلاف الشافعي) أقول : قيل إذا نكل المدعي عليه عن اليمين وطلب ردها على المدعي صار الظاهر شاهدا للمدعي وصار المدعي من هذه الحيثية منكرا ، فإن المنكر من يتمسك بالظاهر حينئذ يرتفع الخلاف ويكون النزاع لفظيا . قلنا : على تقدير تسليم ذلك لا يرتفع الخلاف ، فإن الخلاف بيننا وبين الشافعي في جواز ردّ اليمين على المدعي وعدمه ، وهذا يحقّقه ، وإنما يكون تسليم ذلك رافعا للخلاف لو كان الخلاف في جعل جئس الأيمان على المنكرين وعدمه ، وليس كذلك بل الخلاف في جواز ردّ اليمين وعدمه في الجمع ، ولا يجبر ردها على المدعي ، فالصواب عدم تسليم صيرورة المدعي منكرا من حيثية النكول ، إذ يلزم منه عدم تعيين المدعي والمنكر وعدم لزوم اليمين على معين ويلزم التسلسل في ردّ اليمين وكل ذلك باطل ، وكذا ما يؤدى إليه (قال المصنف : ولا تقبل بينة صاحب اليد الخ) أقول : بل عليه اليمين إن عجز الخارج ، ولهذا المعنى أوردنا هنا ، ويجوز أن يكون ذكرها استطرادا للمسئلة السابقة كأنه قيل : لا تقبل بينة المدعي ولا بينة المدعي عليه والدليل متحد وفي كليهما خلاف الشافعي (قوله فهو من تلك الجهة مدع) أقول : لو كان مدعى لصديق ترفيقه عليه ، وليس كذلك فإنه لا يجبر الخارج على الخصومة ويجبر هو عليه (قوله قلت لا لأن اليمين) أقول : أنت خبير بأن مراد السائل فهل يجب

وبيئة الخارج أولى .

بأن يقول هذا ملكى ولا يقول هذا ملكى بسبب الشراء أو الإرث أو نحو ذلك ، وهذا لأن المطلق ما يتعرض للذات دون الصفات لا بالنفى ولا بالإثبات ، وقيد الملك بالمطلق احتراز عن المقيد بدعوى التنازع ، وعن المقيد بما إذا ادعى تلى الملك من واحد وأحدهما قابض ، وبما إذا ادعى الشراء من اثنين وأرخا وتاريخ ذى اليد أسبق ، فإن فى هذه الصورة تقبل بيئة ذى اليد بالإجماع ، كذا فى الشروح . قال صاحب العناية بعد هذا ، فإن قيل : أما انتقض مقتضى القسمة حيث قبلت بيئة ذى اليد وهو مدعى عليه ؟ قلت نعم ، لأن قبولها من حيث ما ادعى من زيادة التنازع والقبض وسبق التاريخ فهو من تلك الجهة مدع والبيئة للمدعى . فإن قلت : فهل يجب على الخارج الميمن لكونه إذ ذاك مدعى عليه ؟ قلت : لا ، لأن الميمن إنما تجب عند عجز المدعى عن البيئة ، وهما لم يعجز ، إلى هاهنا كلامه . وقد أورد بعض الفضلاء على جوابه عن السؤال الأول بأنه لو كان مدعى لصدق تعريفه عليه ، وليس كذلك فإنه لا يجبر الخارج على الخصومة ويجبر هو عليه . وعلى جوابه عن السؤال الثانى بأن مراد السائل فهل يجب على الخارج الميمن عند عجز ذى اليد عن البيئة وإلا فلا تمشية لسؤاله أصلا ؟ أقول : إيراد الثانى متوجه ظاهر ، وقد كنت كتبت فى مسوداتى قبل أن أرى ما كتبه ، وأما إيراد الأول فندفع لأن ذى اليد لا يجبر على الخصومة من حيث أنه مدع الزيادة المذكورة فى الصور المزبورة ، وإنما يجبر عليها من حيث أنه مدعى عليه باستحقاق الخارج لما فى يده ، وهذا ظاهر وكذا الخارج إنما لا يجبر على الخصومة من حيث أنه مدع على ذى اليد استحقاقه لما فى يده . وأما من حيث أنه مدعى عليه بالزيادة المذكورة فى الصور المزبورة فيجبر عليها . وتحقيقه أن دعوى ذى اليد فى الصورة المزبورة دعوى تابعة لدعوى الخارج حيث يقصد بها ذو اليد دفع دعوى الخارج لدعوى مبتدأة مقصودة بالأصل ، ففى جري الخارج على دعواه يدعى عليه ذو اليد الزيادة المذكورة ، ويجبر الخارج على الجواب عن دعوى ذى اليد والخصومة معه من حيثية كونه مدعى عليه ، وإن ترك الخارج دعواه لا يدعى عليه ذو اليد شيئا لكون دعواه تابعة لدعوى الخارج ، وترك المتبوع يستلزم ترك التابع فلا يجبر الخارج على الخصومة معه أصلا ، ولولا هذا التحقيق لانتقض تعريف المدعى والمدعى عليه بما هو حد عام صحيح على ما نص عليه المصنف فيما قبل وتقرر عندهم ، وهو أن المدعى من لا يجبر على الخصومة إذا تركها ، والمدعى عليه من يجبر على الخصومة بصورة كثيرة غير الصورة المزبورة ، كما إذا ادعى رجل على آخر ديننا معينا فادعى الآخر عليه إيفاء ذلك الدين إياه أو إبراءه عن ذلك الدين فإن الأول لو ترك الخصومة لم يجبر عليها مع كونه مدعى عليه بالإيفاء أو الإبراء ، وكذا الحال فى جميع صور دعاوى الدفع فالخلص فى الكل ما بيناه وحققناه . ثم أقول : بقى لنا كلام فى أثناء جواب صاحب العناية عن السؤال الأول ، وهو أنه بين الزيادة التى يدعى بها ذى اليد فى الصور المزبورة بالتنازع والقبض وسبق التاريخ ، فالأول والثالث صحيحان ، والثانى ليس بظاهر الصحة لأن معنى كون أحدهما قابضا فى الصورة الثانية أن يكون المدعى فى يده بالفعل لا أن يثبت قبضه بالبيئة على ما سيجى تفسيره وبيانه فى الكتاب ، وشروحه فى باب ما يدعى الرجلان . ولا يخفى أن كون المدعى فى يد القابض فى تلك الصورة أمر معين لا يدعى به ذو اليد أصلا فضلا عن إقامة البيئة عليه وقبول بيئته بالإجماع فظهر أن بيان ما ادعاه ذو اليد من الزيادة فى الصورة المزبورة بالقبض ليس بتمام . فالحق أن يقول بطل قوله والقبض وتلقى الملك من شخص مخصوص فتدبر (وبيئة الخارج أولى) يعنى أن بيئة الخارج وبيئة ذى اليد إذا تعارضتا على الملك المطلق فبيئة الخارج أولى بالقبول عندنا ، وفى أحد قولى الشافعى تهاترت البيئتان ويكون المدعى لذى اليد تركا فى يده وهذا قضاء تركه لا قضاء ملك ، وفى القول الآخر ترجح بيئة ذى اليد فيقضى بها لذى اليد قضاء ملك بالبيئة وهو الذى

المطلق فبيئة الخارج أولى لعدم زيادة بصير بها ذو اليد مدعى . وقال الشافعى : يقضى ببيئة ذى اليد لأنها اعتضدت باليد والمعتمد أقوى ، فصار كما إذا أقامها على نتاج دابة وهى فى يد أحدهما ، أو أقامها على نكاح ولأحدهما يد ، فإنه يقضى لذى اليد ، وصار كدعوى الملك مع الإعتراف بأن يكون عبد فى يد رجل أقام الخارج البيئة أنه عبده أعتقه ، ر أقام ذو اليد البيئة أنه أعتقه وهو يملكه ، فبيئة ذى اليد أولى من بيئة الخارج على العتق ، وكذلك فى دعوى الاستيلاء والتدبير . ولنا أن بيئة الخارج أكثر

على الخارج الميمن عند عجز ذى اليد عن البيئة وإلا فلا تمشية لسؤاله أصلا فليتأمل (قوله لعدم زيادة بصير بها الخ) أقول : يعنى لعدم زيادة

وقال الشافعي : يقضى بينة ذى اليد لا اعتضادها باليد فيتقوى الظهور وصار كالتناج والنكاح ودعوى الملك مع الإعتاق والاستيلاء والتدبير . ولنا أن بينة الخارج أكثر إثباتا أو إظهارا لأن قدر ما أثبتته اليد لا يثبت بينة ذى اليد ، إذ اليد دليل مطلق الملك ،

ذكره المصنف بقوله (وقال الشافعي : يقضى بينة ذى اليد لا اعتضادها باليد) أى لتأكد البينة باليد لأن اليد دليل الملك (فيتقوى الظهور) أى فيتقوى ظهور المدعى (وصار) أى صار حكم هذه المسئلة (كالتناج) أى كحكم مسئلة التناج بأن ادعى كل واحد من الخارج وذى اليد أن هذه الدابة نتجت عنده وأقاما البينة على ذلك ولأحدهما يد فإنه يقضى لذى اليد (والنكاح) أى وكحكم مسئلة النكاح بأن تنازعا في نكاح امرأة وأقاما البينة على ذلك ولأحدهما يد فيبينة ذى اليد أولى (ودعوى الملك مع الإعتاق) أى وكحكم مسئلة دعوى الملك مع الإعتاق بأن يكون عبد في يد رجل أقام الخارج البينة أن عبده أعتقه وأقام ذو اليد البينة أنه أعتقه وهو يملكه فيبينة ذى اليد أولى (أو الاستيلاء) عطف على الإعتاق ، فالجنى : أو دعوى الملك مع الاستيلاء بأن تكون أمة في يد رجل فأقام كل واحد من الخارج وذى اليد البينة أنها أمته استولدها فيبينة ذى اليد أولى (أو التدبير) أى أو دعوى الملك مع التدبير بأن يكون عبد في يد رجل فأقام كل واحد من الخارج وذى اليد البينة أنه عبده دبره فيبينة ذى اليد أولى (ولنا أن بينة الخارج أكثر إثباتا) أى في علم القاضى (أو إظهارا) أى في الواقع فإن بينته تظهر ما كان ثابتا في الواقع (لأن قدر ما أثبتته اليد لا يثبت بينة ذى اليد ، إذ اليد دليل مطلق الملك) ألا يرى أن من رأى شيئا في يد إنسان جاز له أن يشهد بأنه ملك له ، فيبينة ذى اليد غير مثبتة للملك لئلا يلزم تحصيل الحاصل ، وإنما هي مؤكدة للملك الثابت باليد ، والتأكيد إثبات وصف للموجود لا لإثبات أصل الملك . وأما بينة الخارج فثبتة لأصل الملك ، فصح قولنا إنها أكثر إثباتا ، وما هو أكثر إثباتا في البينة فهو أولى بالقبول لتوفر ما شرعت البيئات لأجله فيه . هذا زبدة ما في الشروح في حل كلام المصنف هاهنا . فإن قيل : بينة الخارج تزيد ما أثبتته اليد من الملك فيبينة ذى اليد تفيد الملك ولا يلزم تحصيل الحاصل . أجيب بأن البينة ليست موجبة بنفسها حتى تزيد بينة الخارج ما ثبت باليد ، وإنما تصير موجبة عند اتصال القضاء بها كما تقدم ، فقبله يكون الملك ثابتا للمدعى عليه ، وإثبات الثابت لا يتصور فلا تكون بينة ذى اليد مثبتة بل مؤكدة للملك ثابت ، والتأسيس أولى من التأكيد ، كذا في العناية . أقول : بنى هاهنا شيء ، وهو أن المتبادر من قولهم إن بينة الخارج أكثر إثباتا ومن قولهم إن بينة الخارج أولى بالقبول من بينة ذى اليد في الملك المطلق أن لذى اليد أيضا بينة وأن من حقه إقامتها على الملك المطلق أيضا ، إلا أن بينة الخارج أولى بالقبول من بينته لكونها أكثر إثباتا ، لكن التحقيق يقتضى أن لا يكون لذى اليد بينة شرعية في الملك المطلق ، وأن لا يكون من حقه إقامتها على الملك المطلق أصلا لأنه مدعى عليه محض ، وليس على المدعى عليه غير التمين بالحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام

إثباتا : يعنى في علم القاضى ، أو إظهارا : يعنى في الواقع ، فإن بينته تظهر ما كان ثابتا في الواقع لأن قدر ما أثبتته اليد لا يثبت بينة ذى اليد ، لأن اليد دليل مطلق الملك فيبينة لا يثبت لئلا يلزم تحصيل الحاصل ، بخلاف بينة الخارج فإنها تثبت للملك أو تظهره ، وما هو أكثر إثباتا في البيئات فهو أولى لتوفر ما شرعت البيئات لأجله فيه . فإن قيل : بينة الخارج تزيد ما أثبتته اليد من الملك فيبينة ذى اليد تفيد الملك ولا يلزم تحصيل الحاصل . أجيب بأنها ليست موجبة بنفسها حتى تزيد ما ثبت باليد ، وإنما تصير موجبة عند اتصال القضاء بها كما تقدم ، فقبله يكون الملك ثابتا للمدعى عليه ، وإثبات الثابت لا يتصور فلا تكون بينة مثبتة بل مؤكدة للملك ثابت ، والتأسيس أولى من التأكيد ، بخلاف التناج والنكاح ، لأن اليد لا تدل على ذلك فكانت البينة مثبتة لا مؤكدة ، فكانت كل واحدة من البيتين للإثبات فترجح إحداها باليد . فإن قيل : كان الواجب أن تكون بينة الخارج أولى لكونها أكثر

بصير بذلك الزيادة ذو اليد مدعى (قوله أو إظهارا الخ) أقول : لعل الأظهر أن أول التخير في التمييز (قوله لأن قدر ما أثبتته اليد الخ) أقول : تحليل لقوله إن بينة الخارج أكثر إثباتا (قوله وما هو إلى قوله لأجله فيه) أقول : الضمير في قوله فيه راجع إلى الموصول في قوله وما هو (قوله كما تقدم الخ) أقول : في الورق السابق عند شرح قول المصنف : وإذا صحت الدعوى بشروطها :

بِخِلَافِ النَّجَاحِ لِأَنَّ الْيَدَ لَا تَدُلُّ عَلَيْهِ ، وَكَذَا عَلَى الْإِعْتِقَادِ وَأَخْتِيهِ وَعَلَى الْوَلَاءِ الثَّابِتِ بِهَا . قَالَ (وَإِذَا نَكَلَ الْمُدْعَى عَلَيْهِ عَنِ الْيَمِينِ قَضَى عَلَيْهِ بِالنُّكُولِ وَأُلْزِمَهُ مَا ادَّعَى عَلَيْهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا يَقْضَى بِهِ بَلْ يَرُدُّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدْعَى ، فَإِذَا حَلَفَ يَقْضَى بِهِ لِأَنَّ النُّكُولَ يَحْتَمِلُ التَّوَرُّعَ عَنِ الْيَمِينِ الْكَاذِبَةِ وَالتَّرَفُّعَ عَنِ الصَّادِقَةِ وَاشْتِبَاهَ الْحَالِ فَلَا يَنْتَصِبُ حُجَّةٌ مَعَ الْإِحْتِمَالِ ، وَيَمِينَ الْمُدْعَى دَلِيلُ الظُّهُورِ فَيَصَارُ إِلَيْهِ . وَلَنَا أَنَّ النُّكُولَ دَلٌّ عَلَى كَوْنِهِ بِأَذَلٍّ أَوْ مَقْرًا ، إِذْ لَوْلَا ذَلِكَ لَأَقْدَمَ عَلَى الْيَمِينِ إِقَامَةَ لِلْوَاجِبِ وَدَفْعًا

« الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدْعَى وَالْيَمِينَ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ » كَمَا مَرَّبَيَانَهُ . فَالْأَظْهَرُ فِي الْاسْتِدْلَالِ مِنْ قَبْلُنَا عَلَى مُسْتَلْتَنَا هَذِهِ مَا ذَكَرْنَا فِي بَعْضِ الشُّرُوحِ مِنْ أَنَّ لَنَا قَوْلَهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدْعَى وَالْيَمِينَ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ » فَإِنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ جَعَلَ جَمِيعَ الْبَيِّنَةِ فِي جَانِبِ الْمُدْعَى ، لِأَنَّ اللَّامَ فِي الْبَيِّنَةِ لَاسْتِغْرَاقُ الْجَنْسِ لِعَدَمِ الْعَهْدِ فَلَمْ يَبْقَ فِي جَانِبِ الْمُدْعَى عَلَيْهِ إِلَّا الْيَمِينَ ، وَالْمُدْعَى اسْمٌ لِمَنْ يَدْعَى الشَّيْءَ وَلَا دَلَالَةَ مَعَهُ ، وَلِهَذَا يَقَالُ لِلْمُسْلِمَةِ الْكَذَابُ مَدْعَى النَّبَوَّةِ وَالْخَارِجُ بِهَذِهِ الْمَثَابَةِ لِأَنَّهُ لَا دَلَالَةَ مَعَهُ عَلَى الْمَلِكِ ، بِخِلَافِ ذِي الْيَدِ فَإِنَّ الْيَدَ دَلِيلُ الْمَلِكِ أَنْتَهَى (بِخِلَافِ النَّجَاحِ لِأَنَّ الْيَدَ لَا تَدُلُّ عَلَيْهِ) فَكَانَتْ بَيِّنَةٌ ذِي الْيَدِ كَبَيِّنَةِ الْخَارِجِ مُثَبَّتَةٌ لَهُ لَا مُؤَكَّدَةٌ فَكَانَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنَ الْبَيِّنَتَيْنِ لِلْإِثْبَاتِ فَتَرَجَّحَتْ إِحْدَاهُمَا بِالْيَدِ ، وَكَذَا الْحَالُ فِي النِّكَاحِ ، إِلَّا أَنَّ الْمُصَنِّفَ لَمْ يَذْكُرْهُ مِنْ بَيْنِ أَخَوَاتِهِ إِمَّا نِسَابًا وَإِمَّا اعْتِمَادًا عَلَى مَعْرِفَةِ حَالِهِ مِمَّا ذَكَرَهُ فِي النَّجَاحِ (وَكَذَا عَلَى الْإِعْتِقَادِ وَأَخْتِيهِ) أَيْ وَكَذَا الْيَدَ لَا تَدُلُّ عَلَى الْإِعْتِقَادِ وَأَخْتِيهِ وَهُمَا الْاسْتِيلَادُ وَالتَّنْدِيرُ ، فَاسْتَوَتْ الْبَيِّنَتَانِ فِي الْإِثْبَاتِ فِي هَذِهِ الصُّورِ أَيْضًا فَتَرَجَّحَتْ إِحْدَاهُمَا بِالْيَدِ (وَعَلَى الْوَلَاءِ الثَّابِتِ بِهَا) أَيْ بِهَذِهِ الْأَشْيَاءِ الثَّلَاثَةِ وَهِيَ : الْإِعْتِقَادُ ، وَالْاسْتِيلَادُ ، وَالتَّنْدِيرُ : يَعْنِي أَنَّ الْيَدَ لَا تَدُلُّ عَلَى الْوَلَاءِ الثَّابِتِ بِهَا أَيْضًا فَاسْتَوَتْ الْبَيِّنَتَانِ فِي ذَلِكَ أَيْضًا فَتَرَجَّحَتْ إِحْدَاهُمَا بِالْيَدِ (قَالَ) أَيْ الْقُدُورَى فِي مَخْصَرِهِ (وَإِذَا نَكَلَ الْمُدْعَى عَلَيْهِ عَنِ الْيَمِينِ قَضَى عَلَيْهِ بِالنُّكُولِ) أَيْ قَضَى الْقَاضِي عَلَى الْمُدْعَى عَلَيْهِ بِالنُّكُولِ (وَأُلْزِمَهُ مَا ادَّعَى عَلَيْهِ) أَيْ وَأُلْزِمَ الْقَاضِي الْمُدْعَى عَلَيْهِ مَا ادَّعَى عَلَيْهِ الْمُدْعَى . وَفِي بَعْضِ نَسَخِ مَخْصَرِ الْقُدُورَى : وَلِزِمَهُ بَدَلٌ وَأُلْزِمَهُ : أَيْ وَلِزِمَ الْمُدْعَى عَلَيْهِ مَا ادَّعَى عَلَيْهِ الْمُدْعَى (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا يَقْضَى بِهِ) أَيْ بِالنُّكُولِ (بَلْ يَرُدُّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدْعَى ، فَإِذَا حَلَفَ) الْمُدْعَى (يَقْضَى بِهِ) أَيْ يَقْضَى لَهُ بِمَا ادَّعَاهُ ، وَإِنْ نَكَلَ الْمُدْعَى أَيْضًا انْقَطَعَتْ الْمُنَازَعَةُ (لِأَنَّ النُّكُولَ) تَعْلِيلٌ لِقَوْلِهِ لَا يَقْضَى بِهِ (يَحْتَمِلُ التَّوَرُّعَ عَنِ الْيَمِينِ الْكَاذِبَةِ وَالتَّرَفُّعَ عَنِ الصَّادِقَةِ) أَيْ عَنْ الْيَمِينِ الصَّادِقَةِ ، كَمَا رَوَى عَنْ عُمَانَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ أَنَّهُ نَكَلَ عَنِ الْيَمِينِ وَقَالَ : أَخَافُ أَنْ يُوَافِقَهَا قَضَاءُ فَيَقَالَ إِنَّ عُمَانَ حَلَفَ كَاذِبًا ، كَذَا ذَكَرَهُ الْإِمَامُ خَوَاهِرُ زَادَهُ فِي مَبْسُوطِهِ (وَاشْتِبَاهُ الْحَالِ) أَيْ وَيَحْتَمِلُ اشْتِبَاهُ الْحَالِ عَلَيْهِ بِأَنْ لَا يَدْرِي أَنَّهُ صَادِقٌ فِي إِنكَارِهِ فَيَحْلِفُ أَوْ كَاذِبٌ فِيهِ فَيَمْتَنِعُ (فَلَا يَنْتَصِبُ) أَيْ لَا يَنْتَصِبُ نَكُولَ الْمُدْعَى عَلَيْهِ (حُجَّةٌ مَعَ الْإِحْتِمَالِ) الْمَذْكُورُ (وَيَمِينَ الْمُدْعَى دَلِيلُ الظُّهُورِ) أَيْ دَلِيلُ ظُهُورِ كَوْنِ الْمُدْعَى مُحَقًّا (فَيَصَارُ إِلَيْهِ) أَيْ فَيَرْجِعُ إِلَى يَمِينِ الْمُدْعَى (وَلَنَا أَنَّ النُّكُولَ) أَيْ نَكُولُ الْمُدْعَى عَلَيْهِ (دَلٌّ عَلَى كَوْنِهِ بِأَذَلٍّ) أَيْ دَلٌّ عَلَى كَوْنِ الْمُدْعَى عَلَيْهِ بِأَذَلٍّ إِنْ كَانَ النُّكُولُ بِذَلٍّ كَمَا هُوَ مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ (أَوْ مَقْرًا) أَيْ عَلَى كَوْنِهِ مَقْرًا إِنْ كَانَ النُّكُولُ إِقْرَارًا كَمَا هُوَ مَذْهَبُهُمَا (وَلَوْلَا ذَلِكَ) أَيْ وَلَوْلَا كَوْنُهُ بِأَذَلٍّ أَوْ مَقْرًا (لَأَقْدَمَ عَلَى الْيَمِينِ إِقَامَةَ لِلْوَاجِبِ) وَهُوَ الْيَمِينَ لِأَنَّهَا وَاجِبَةٌ عَلَيْهِ لِقَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ « وَالْيَمِينَ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ » وَكَلِمَةٌ عَلَى لِلْوَجُوبِ (وَدَفْعًا

إِثْبَاتًا لِأَنَّهَا تَثْبِتُ الْيَدَ وَالنَّجَاحَ ، وَبَيِّنَةُ ذِي الْيَدِ تَثْبِتُ النَّجَاحَ لِأَخِيرٍ . أَجِيبُ بِأَنَّ بَيِّنَةَ النَّجَاحِ لَا تَوْجِبُ إِلَّا أَوْلِيَةَ الْمَلِكِ وَهُمَا تَسَاوِيَانِ فِي ذَلِكَ وَيَتَرَجَّحُ ذُو الْيَدِ بِالْيَدِ فَيَقْضَى لَهُ (قَوْلُهُ وَكَذَا عَلَى الْإِعْتِقَادِ) أَيْ الْيَدَ لَا تَدُلُّ عَلَى الْإِعْتِقَادِ وَالْاسْتِيلَادُ وَالتَّنْدِيرُ ، فَتَعَارَضَتْ بَيِّنَةُ الْخَارِجِ وَذِي الْيَدِ ثُمَّ تَرَجَّحَتْ بَيِّنَةُ ذِي الْيَدِ (قَوْلُهُ وَعَلَى الْوَلَاءِ الثَّابِتِ بِهَا) أَيْ بِالْإِعْتِقَادِ وَالْاسْتِيلَادِ وَالتَّنْدِيرِ ، وَمَعْنَاهُ أَنَّ الْبَيِّنَتَيْنِ فِي الْإِعْتِقَادِ وَأَخْتِيهِ تَدْلَانِ عَلَى الْوَلَاءِ ، إِذْ الْوَلَاءُ حَاصِلٌ لِلْعَبْدِ بِتَصَادُقِهِمَا وَهَذَا قَدْ اسْتَوِيَ فِي ذَلِكَ وَتَرَجَّحَ صَاحِبُ الْيَدِ بِحُكْمِ يَدِهِ (قَالَ : وَإِذَا نَكَلَ الْمُدْعَى عَلَيْهِ عَنِ الْيَمِينِ الْخ) وَإِذَا نَكَلَ الْمُدْعَى عَلَيْهِ عَنِ الْيَمِينِ قَضَى الْحَاكِمُ عَلَيْهِ بِالنُّكُولِ وَأُلْزِمَهُ مَا ادَّعَاهُ

(قَوْلُهُ وَهَذَا قَدْ اسْتَوِيَ فِي ذَلِكَ) أَقُولُ : يَعْنِي اسْتَوِيَ فِي الْوَلَاءِ ، وَقَوْلُهُ وَهَذَا رَاجِعٌ إِلَى الْبَيِّنَتَيْنِ فِي قَوْلِهِ مَعْنَاهُ أَنَّ الْبَيِّنَتَيْنِ فِي الْإِعْتِقَادِ الْخ .

للضرر عن نفسه فترجح هذا الجانب ،

للضرر عن نفسه (أى دفعا للضرر الدعوى عن نفسه) فترجح هذا الجانب (واعلم أن حلّ المراد بهذه المقدمة من دليلنا وربطه بما قبلها من مداحض هذا الكتاب ، ولهذا لم يخل كلام كل واحد من الشراح هاهنا عن اختلال واضطراب ، فقال صاحب العناية : فترجح هذا الجانب : أى جانب كونه باذلا إن ترفع أو مقرّا إن تورّع ، لأن الترفع والتورّع إنما يخل إذا لم يفض إلى الضرر بالغير انتهى . أقول : فيه بحث ، أما أولا فلأن توزيع كونه باذلا أو مقرّا إلى التورّع والترفع مما لا يكاد يصح هاهنا ، لأن النكول عند أبى حنيفة بذل لاغير ، وعندهما إقرار لاغير ، فعلى التوزيع المزبور لا يثبت الرجحان في هذا الجانب على الترفع والتورّع معا في واحد من المذهبين ، بل إنما يثبت رجحان كونه باذلا في مذهب أبى حنيفة على الترفع فقط ، ورجحان كونه مقرّا في مذهبهما على التورّع فقط ، وبه لا يتم المطلوب على شيء من المذهبين ، لأن الترفع وحده أو التورّع وحده يحتمل واحدا من المحتملات المذكورة في دليل الشافعى ، وبمجرد رجحان هذا الجانب على واحد من تلك المحتملات لا يتعين كونه مرادا للناكل حتى يتم المطلوب . والحاصل أن في تقرير صاحب العناية خلط المذهبين كما ترى . وأما ثانيا فلأننا لانسلم أن التورّع عن اليمين الكاذبة سيما عن اليمين الغموس كما فيما نحن فيه ، إنما يخل إذا لم يفض إلى الضرر بالغير بل الظاهر أن التورّع عنها واجب في كل حال . واعترض عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال : فيه بحث ، فإن ما ذكره من الإفضاء إلى الضرر بالغير غير ظاهر انتهى . أقول : هذا غير وارد ، فإن الإفضاء إليه في صورة التورّع عن اليمين الكاذبة ظاهر جدا ، لأن كون المنكر كاذبا في يمينه إنما يتصور فيما إذا كان للمدعى حق عليه في الواقع ، فحينئذ لو تورّع عن اليمين الكاذبة بدون البذل أو الإقرار أفضى إلى الضرر بالمدعى قطعا لتضييع حقه وهو ما ادعاه ، وكذا الإفضاء إليه في صورة الترفع عن اليمين الصادقة يظهر بأدنى تأمل ، لأن يمين

عليه ، وقال الشافعى : لا يقضى عليه بل تردّ اليمين على المدعى ، فإن حلف قضى به ، وإن نكل انقطعت المنازعة ، لأن نكول المدعى عليه يحتمل التورّع عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة ويحتمل اشتباه الحال ، وما كان كذلك لا ينتصب حجة ، بخلاف يمين المدعى لأنه دليل الظهور فيصير إليه . ولنا أن النكول دل على كونه باذلا إن كان النكول بذلا كما هو مذهب أبى حنيفة ، أو مقرّا إن كان إقرارا كما هو مذهبهما ، إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين إقامة للواجب لأنها واجبة عليه لقوله عليه الصلاة والسلام « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » وكلمة على للوجوب ، ودفعا للضرر عن نفسه فترجح هذا الجانب : أى جانب كونه باذلا إن ترفع ، أو مقرّا إن تورّع ، لأن الترفع أو التورّع إنما يخل إذا لم يفض إلى الضرر بالغير . واعترض بأن الإلزام بالنكول مخالف للكتاب والسنة والقياس ، لأن الله تعالى قال - واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء - فالتقصاء بالنكول يخالفه . وقال صلى الله عليه وسلم « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » ولم يذكر النكول واليمين في جانب المدعى عليه في الابتداء لكون الظاهر شاهدا له ، وبنكوله صار الظاهر شاهدا للمدعى فتعود اليمين إلى جانب المدعى ، ولهذا بدأنا في اللعان بالإيمان من جانب الزوج لشهادة الظاهر ، فإن الإنسان لا يلوّث فراشه كاذبا وإن كان مدعيا . وأجيب بأن الكتاب والسنة ليس فيهما ما يدل على نفي القضاء بالنكول ، لأن تخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي الحكم عما عداه ، والإجماع يدل على جوازه ، فإنه روى إجماع الصحابة على ذلك ، وما روى عن عليّ رضي الله عنه أنه حلف المدعى بعد نكول المدعى عليه فقد روى عنه خلاف ذلك . روى عن شريح أن المنكر طلب منه ردّ اليمين على المدعى ، فقال : ليس لك إليه سبيل ، وقضى بالنكول بين يدي عليّ رضي الله عنه ، فقال له عليّ : قالون ، وهو بلغة أهل الروم أصبت .

(قوله إذا لم يفض إلى الضرر الخ) أقول فيه بحث ، فإن ما ذكره من الإفضاء للضرر إلى الغير غير ظاهر (قوله واعترض بأن الإلزام الخ) أقول : هذا الكلام لا يتوجه من طرف الشافعى ، إذ ليس في الآية دلالة على الإلزام بيمين المدعى أيضا إلا أن يكون الزنا ، ويقال القضاء بالنكول زيادة على الكتاب وهي نسخ عنكم فليتأمل (قوله والإجماع يدل على جوازه) أقول : الإجماع لا ينسخ ولا ينسخ به (قوله وهو بلغة أهل الروم أصبت) أقول : بل معناه في لغتهم جيد .

ولا وجه لردّ اليمين

المنكر حق المدعى لقوله عليه الصلاة والسلام «لَكَ يَمِينُهُ» كما مرّ، فلو ترفع عن اليمين ولو عن الصادقة بدون رضا المدعى بالبذل ونحوه أفضى إلى الضرر بالمدعى بمنع حقه وهو يمين خصمه . وقال صاحب النهاية وصاحب الكفاية : فترجح هذا الجانب : أى جانب كونه باذلاً أو مقراً على جانب التورع ، لأن الشرع ألزمه التورع عن اليمين الكاذبة دون الترفع عن اليمين الصادقة فلذلك ترجح هذا الجانب فى نكوله انتهى . أقول : وفيه أيضاً بحث ، أما أولاً فلأن ما ذكرناه من الدليل إنما أفاد رجحان هذا الجانب : أى جانب كونه باذلاً أو مقراً على الترفع عن اليمين الصادقة حيث لم يكن الترفع عنها مما ألزمه الشرع فلا ينبغي أن يلتزمه الناكل ، ولم يفد رجحانه على التورع عن اليمين الكاذبة فلا معنى لقولهما على جانب التورع ، وإن أريد بجانب التورع الجانب المقابل لجانب البذل والإقرار لا التورع نفسه فيكون الترفع أيضاً داخلاً فى ذلك الجانب . يبقى أن يقال : ما ذكرناه من الدليل إنما أفاد رجحان جانب كونه باذلاً أو مقراً على الترفع عن اليمين الصادقة فقط ، وهو يحتمل واحداً من الاحتمالات المذكورة فى دليل الخصم ، وبمجرد الرجحان عليه لا يتم مطلوبنا كما مرّ آنفاً . وأما ثانياً فلأن ما ذكرناه من الدليل غير مذكور فى كلام المصنف وغير منفهم منه ، فكيف يتم بناء شرح قول المصنف ، فترجح هذا الجانب عليه ، والفناء فى فترجح تقتضى التفريع على ماسبق من كلامه كما لا يخفى . وقال صاحب غاية البيان : فترجح هذا الجانب : أى ترجح جانب كون الناكل باذلاً أو مقراً على الوجه المحتمل ، وهو كونه متورعاً أو نحو ذلك لأن النكول امتناع عن اليمين التى وجبت عليه ، فلو لا أن النكول بذل أو إقرار لكان النكول امتناعاً عن الواجب وظلماً على المدعى ، والعاقل الدين لا يترك الواجب ولا يقدم على الظلم . والحاصل أن النكول إن كان امتناعاً عن اليمين الكاذبة يكون إقراراً ، وإن كان امتناعاً عن اليمين الصادقة يكون بذلاً انتهى . أقول : وفيه أيضاً بحث ، أما أولاً فلأن قوله وظلماً على المدعى ليس بتام ، إذ لا نسلم أن النكول لو لم يكن بذلاً أو إقراراً لكان ظلماً على المدعى بلحواز أن يكون للرفع عن اليمين الصادقة ، فحينئذ لا يتحقق الظلم على المدعى لأن صدق المدعى عليه فى إنكاره يستلزم كذب المدعى فى دعواه والكاذب ليس بمظلوم بل هو ظالم ، اللهم إلا أن يقال : يجوز أن يعدّ النكول ظلماً على المدعى فى صورة صدق المدعى عليه أيضاً من جهة أن يمين المدعى عليه حق المدعى بموجب الحديث على مامر ، وأن فى النكول عنها منع هذا الحق فصار الناكل ظلماً على المدعى فى الجملة . وأما ثانياً فلأن فى التوزيع الحاصل من قوله والحاصل أن النكول إن كان امتناعاً عن اليمين الكاذبة يكون إقراراً ، وإن كان امتناعاً عن اليمين الصادقة يكون بذلاً خلافاً حيث لا يكون المطلوب حينئذ على واحد من المذهبين ، بل يحتاج إلى خلطهما على ما بيناه فى بحثنا الأول فى كلام صاحب العناية . فالصواب عندى فى حلّ مراد المصنف هاهنا أن يقال : فترجح هذا الجانب : أى جانب كون الناكل باذلاً أو مقراً على جميع الوجوه المحتملة المذكورة فى دليل الشافعى بناء على مقتضى ما سبق من قوله إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين إقامة للواجب ودفعاً للضرر عن نفسه . وبيان ذلك أن العاقل الدين لا يترك الواجب عليه ولا يترك دفع الضرر عن نفسه بشيء من تلك الوجوه المحتملة . أما بالترفع عن اليمين الصادقة فظاهر ، إذ هو ليس بأمر ضرورى أصلاً حتى يترك به الواجب ودفع الضرر عن النفس ، وأما بالتورع عن اليمين الكاذبة فلأن المتورع لا يترك الواجب عليه بل يعطى حق خصمه فيسقط الواجب عن عهده ، فإن لم يكن الناكل باذلاً أو مقراً ولم يقدم على اليمين انتفى احتمال كونه متورعاً . وأما باشتباه الحال فلأن من يشتبه عليه الحال لا يترك الواجب عليه أيضاً بل يتحرى فيقدم على إقامة الواجب أو يعطى حق خصمه فيسقط عن عهده الواجب ، فإن لم يكن الناكل باذلاً أو مقراً ولم يقدم على اليمين انتفى هذا الاحتمال أيضاً . وبالحملة إن قول المصنف إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين إقامة للواجب ودفعاً للضرر عن نفسه كلمة جامعة يتدفع بها الوجوه المحتملة المذكورة فى دليل الشافعى بأسرها فيترجح كون الناكل باذلاً أو مقراً بالضرورة (ولا وجه لردّ اليمين

وإذا ثبت الإجماع بطل القياس ، على أن اللعان عندنا شهادات مؤكّدة بالآيمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف ، فكان معنى اليمين فيها غير مقصود ، ولا يجوز أن يكون النكول لاشتباه الحال لأن ذلك يقتضى الاستمهال من القاضى لينكشف الحال

على المدعى لما قدمناه . قال (وينبغي للقاضي أن يقول له إنى أعرض عليك اليمين ثلاثا ، فإن حلفت وإلا قضيت عليك بما ادّعاه) وهذا الإنذار لإعلامه بالحكم إذ هو موضع الخفاء . قال (فإذا كرّر العرض عليه ثلاث مرات قضى عليه بالنكول) وهذا التكرار ذكره الخصاص رحمه الله لزيادة الاحتياط والمبالغة في إنباء العذر ، فأما المذهب أنه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز لما قدمناه هو الصحيح والأول أولى ،

على المدعى لما قدمناه (أشار به إلى قوله ولا ترد اليمين على المدعى لقوله صلى الله عليه وسلم « البيعة على المدعى واليمين على من أنكرك » الخ ، ونحن أيضا قدمنا واستوفينا هناك دليل الشافعي في ردّ اليمين على المدعى وأجوبتنا عنه نقلا عن الكافي والتبيين بما لا مزيد عليه فتذكر (قال) أى القدورى في مختصره (وينبغي للقاضي أن يقول له) أى للمدعى عليه (إنى أعرض عليك اليمين ثلاثا) أى ثلاث مرات (فإن حلفت) أى إن حلفت خلصت أو تركتك (وإلا قضيت عليك بما ادّعاه) أى بما ادّعاه المدعى . قال المصنف (وهذا الإنذار) أى قول القاضي وإلا قضيت عليك بما ادّعاه (لإعلامه بالحكم) أى الحكم بالنكول (إذ هو موضع الخفاء) لكونه مجتهدا فيه ، فإن للشافعي خلافا فيه ، فيجوز أن يلتبس عليه ما يلزمه بالنكول فوجب أن يعرفه حتى يحلف أو ينكل ، كذا في الشروح (قال) أى القدورى في مختصره (فإذا كرّر العرض عليه ثلاث مرات قضى عليه بالنكول) قال المصنف (وهذا التكرار ذكره الخصاص لزيادة الاحتياط والمبالغة في إنباء الأعداء) أى في إظهارها : يعنى أن هذا التكرار الذى ذكره الخصاص للاستحباب لا لأنه شرط بلحواز القضاء بالنكول ، ونظيره إمهال المرتد ثلاثة أيام ، فإنه مستحب لا واجب ؛ وأوضح هذا بقوله (فأما المذهب فإنه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز لما قدمناه) من أن النكول بذل أو إقرار وليس التكرار بشرط فى شيء منهما (هو الصحيح) احتراز عن قول بعضهم إنه لو قضى بالنكول مرة واحدة لا ينفذ ، كذا فى أكثر الشروح ، وهذا معنى قول صاحب الكافي والتقدير بالثلاث فى عرض اليمين لازم فى المروى عن أبى يوسف ومحمد رحمهما الله ، والجمهور على أنه للاحتياط ، حتى لو قضى بالنكول مرة نفذ قضاؤه فى الصحيح انتهى . وقال صاحب غاية البيان : احتراز عن قول الخصاص فإنه يشترط التكرار انتهى . أقول : هذا ليس بشرط صحيح ، فإن المصنف بعد ما صرح بأن الخصاص ذكر التكرار لزيادة الاحتياط والمبالغة فى إنباء الأعداء كيف يزعم أنه اشترط التكرار فيحترز عن قوله (والأول أولى) أى العرض ثلاث مرات أولى : يعنى أن القضاء بالنكول بعد العرض مرة جائز ولكن الأولى هو القضاء بالنكول بعد العرض ثلاث

لاردّ اليمين ، فإن ردّ اليمين لاوجه له لما قدمناه فى قوله ولا ترد اليمين على المدعى (قال : وينبغي للقاضي أن يقول له الخ) وينبغي للقاضي أن يقول للمدعى عليه إنى أعرض عليك اليمين ثلاث مرات فإن حلفت وإلا قضيت عليك بما ادّعاه ، لأن الإنذار لإعلامه بالحكم ، إذ هو موضع الخفاء لعدم دلالة نص على ذلك فيجوز أن يلتبس عليه ما يلزمه بالنكول ، وهذا أولى من قولهم لكونه مجتهدا فيه ، فإن للشافعي خلافا فيه لما مرّ غير مرة . ثم العرض ثلاث مرات أولى ليس بشرط بلحواز القضاء بالنكول ، بل المذهب فيه أنه لو قضى به بعد مرة جاز لما قدمناه أن النكول بذل أو إقرار وليس التكرار بشرط فى شيء منهما . والخصاص ذكره لزيادة الاحتياط والمبالغة فى إنباء الأعداء فصار كإمهال المرتد ثلاثة أيام فإنه أولى ، وإن قتل بغير إمهال جاز لأن الكفر مبني (وقوله هو الصحيح) احتراز عما قيل لو قضى بالنكول مرة واحدة لا ينفذ لأنه أضعف من البذل والإقرار فيشترط فيه التكرار ، وصورة ذلك أن يقول القاضي أحلف بالله ما لهذا عليك ما يدعيه وهو كذا وكذا ولا شيء منه ، فإن

(قوله فإن للشافعي خلافا فيه لما مر) أقول : فإن زمان الشافعي متأخر ، ولا وجه لكون كلام أبي حنيفة مبني عليه ، وإنما قال أول دون الصواب لأن مبنى قول أبي حنيفة كون الحكم بالنكول محل الاجتهاد دون خلاف الشافعي ، وخلاف الشافعي يستدل به على أنه محل الاجتهاد ، فقوله مجتهد فيه معناه أنه يمكن الاجتهاد فيه فليتأمل (قوله ليس بشرط بلحواز القضاء الخ) أقول : قوله بلحواز القضاء متعلق بقوله بشرط (قوله وليس التكرار بشرط فى شيء منهما) أقول : يعنى من البذل والإقرار (قوله وصورة ذلك) أقول : أى صورة العرض ثلاث مرات

ثم النكول قد يكون حقيقيا كقوله لا أحلف ، وقد يكون حكما بأن يسكت ، وحكمه حكم الأول إذا علم أنه لا آفة به من طرش أو خرس هو الصحيح .

مرات . وفي النهاية : وذكر في فتاوى قاضيخان صورة المسئلة قال : رجل قدّم رجلا إلى القاضي فادّعى عليه مالا أو ضيعة في يده أوحقا من الحقوق فأنكر فاستحلفه القاضي فأبى أن يحلف ، فإنه ينبغي للقاضي أن يقول له إني أعرض عليك اليمين ثلاث مرات ، فإن حلفت وإلا ألزمتك المدعى ، ثم يقول له القاضي : احلف بالله ما لهذا عليك هذا المال الذي يدعى وهو كذا وكذا ولا شيء منه ، فإن أبى أن يحلف بالله في المرة الأولى يقول له في المرة الثانية كذلك ، فإن أبى أن يحلف في المرة الثانية يقول له بقيت الثالثة ثم أقضى عليك إن لم تحلف ، ثم يقول له ثالثا احلف بالله ما لهذا عليك هذا المال ولا شيء منه ، فإن أبى أن يحلف يقضى عليه بدعوى المدعى ، وإن قضى القاضي بالنكول في المرة الأولى نفذ قضاؤه انتهى . قال صاحب الكافي : ولا بد أن يكون النكول في مجلس القضاء ، وهل يشترط القضاء على فور النكول ؟ فيه اختلاف انتهى . وقال الإمام الزليعي في شرح الكنز : ولا بد من أن يكون النكول في مجلس القاضي لأن المعتبر بين قاطع الخصومة ، ولا معتبر باليمين عند غيره في حق الخصومة فلا يعتبر . وهل يشترط القضاء على فور النكول ؟ فيه اختلاف . ثم إذا حلف المدعى عليه فالمدعى على دعواه ولا يطل حقه بيمينه ، إلا أنه ليس له أن يخاصمه ما لم يتم البينة على وفق دعواه ، فإن وجد بينة أقامها عليه وقضى له بها ، وبعض القضاة من السلف كانوا لا يسمعون البينة بعد الحلف ويقولون ترجح جانب صدقه باليمين فلا تقبل بينة المدعى بعد ذلك كما ترجح جانب صدق المدعى بالبينة حتى لا يعتبر يمين المنكر معها ، وهذا القول مهجور غير مأخوذ به ، وليس بشيء أصلا لأن عمر رضي الله عنه قبل البينة من المدعى بعد يمين المنكر . وكان شريح رحمه الله يقول : اليمين الفاجرة أحق أن ترد من البينة العادلة ، وهل يظهر كذب المنكر بإقامة البينة ؟ والصواب أنه لا يظهر كذبه حتى لا يعاقب عقوبة شاهد الزور ولا يحث في يمينه : إن كان لفلان على ألف درهم فادّعى عليه فأنكر فحلف ثم أقام المدعى البينة أن له عليه ألفا ، وقيل عند أبي يوسف يظهر كذبه ، وعند محمد لا يظهر ، إلى هاهنا كلامه (ثم النكول قد يكون حقيقيا كقوله لا أحلف وقد يكون حكما بأن يسكت ، وحكمه) أي حكم الثاني وهو الحكمي (حكم الأول) وهو الحقيقي (إذا علم أنه لا آفة به) أي بالمدعى عليه (من طرش) الطرش بفتح تين أهون الصمم يقال هو مولد (أو خرس) بفتح حين أيضا : آفة باللسان تمنع الكلام أصلا (هو الصحيح) اختلفت الروايات فيها إذا سكت المدعى عليه بعد عرض اليمين عليه ولم يقل لا أحلف ، فقال بعض أصحابنا : إذا سكت سأل القاضي عنه هل به خرس أو طرش ، فإن قالوا لا جعله ناكلا وقضى عليه ، ومنهم من قال يجلس حتى يجيب ، والأول صحيح كذا في غاية

نكل يقول له ذلك ثانيا ، فإن نكل يقول له بقيت الثالثة ثم أقضى عليك إن لم تحلف ، ثم يقول له ثالثا فإن نكل قضى عليه بدعوى المدعى (قال : وإذا كان الدعوى نكاحا الخ) ادعى رجل على امرأة أنه تزوّجها وأنكرت أو بالعكس ، أو ادعى بعد الطلاق وانقضت العدة أنه راجعها في العدة وأنكرت أو بالعكس ، أو ادعى بعد انقضائها مدة الإيلاء أنه فاء إليها في المدة وأنكرت أو بالعكس ، أو ادعى على مجهول أنه عبده أو ادعى المجهول ذلك أو اختصما على هذا الوجه في ولاء العتاقة أو الموالاة ، أو ادعى على رجل أنه ولده أو والده ، أو ادّعت على مولاه أنها ولدت منه وهذا لا يتحقق إلا من جانب الأمة ، لأن المولى إذا ادّعى ذلك ثبت الاستيلاء بإقراره ولا يلتفت إلى إنكارها ، أو ادّعت المرأة على زوجها أنه قذفها بما يوجب اللعان وأنكر الزوج ، أو ادعى على رجل ما يوجب الحد وأنكره فإنه لا يستحلف في هذه كلها عند أبي حنيفة . وقالوا : يستحلف في ذلك كله ، وإذا نكل يقضى بالنكول إلا في الحدود واللعان . لهما أن النكول إقرار لأنه يدل على كونه كاذبا في الإنكار السابق

(قوله إلا في الحدود الخ) أقول : استثناء من قوله وقالوا : يستحلف .

قال (وإن كانت الدعوى نكاحا لم يستحلف المنكر) عند أبي حنيفة رحمه الله ، ولا يستحلف عنده في النكاح والرجعة والنفي في الإيلاء والرق والاستيلاء والنسب والولاء والحد ودوا اللعان . وقالوا : يستحلف في ذلك كله إلا في الحدود واللعان .

البيان نقلا عن شرح الأقطع (قال) أي القدوري في مختصره (وإن كانت الدعوى نكاحا لم يستحلف المنكر عند أبي حنيفة ولا يستحلف عنده) يريد به التعميم بعد تخصيص النكاح بالذكر (في النكاح) أي لا يستحلف عنده في دعوى النكاح بأن ادعى رجل على امرأة أنه تزوجها أو بالعكس (والرجعة) أي لا يستحلف عنده في دعوى الرجعة أيضا بأن ادعى بعد الطلاق وانقضاء العدة أنه كان راجعها في العدة وأنكرت أو بالعكس (والتي في الإيلاء) أي في دعوى التي بالإيلاء أيضا بأن ادعى بعد انقضاء مدة الإيلاء أنه كان فاء إليها في المدة وأنكرت أو بالعكس (والرق) أي وفي دعوى الرق أيضا بأن ادعى على مجهول النسب أنه عبده وأنكر المجهول أو بالعكس (والاستيلاء) أي وفي دعوى الاستيلاء أيضا بأن ادعت أمة على مولاه أنها ولدت منه ولدا وأنكر المولى ولا يجري فيه العكس كما سيذكره المصنف (والنسب) أي وفي دعوى النسب أيضا بأن ادعى على مجهول أنه ولده أو والده وأنكر المجهول أو بالعكس (والولاء) أي وفي دعوى الولاء أيضا بأن ادعى على مجهول النسب أنه معتقه ومولاه وأنكر المجهول أو بالعكس أو كان ذلك في ولء المولاة ، إذ الولاء يشمل ولء العتاقة وولء المولاة (والحدود) أي وفي دعوى الحدود أيضا بأن ادعى على آخر ما يوجب حدا من الحدود وأنكره الآخر (واللعان) أي وفي دعوى اللعان أيضا بأن ادعت على زوجها أنه قذفها بما يوجب اللعان وأنكر الزوج . واعلم أن هذه الأشياء كلها مذكورة في مختصر القدوري هاهنا ، إلا اللعان فإنه غير مذكور فيه ولكنه مذكور في الجامع الصغير في كتاب القضاء (وقال أبو يوسف ومحمد : يستحلف في ذلك كله إلا في الحدود واللعان) فتقرر أنه لا يستحلف في الحدود واللعان على قولهم جميعا ، وإنما اختلفوا في الأشياء السبعة الباقية . وفي الكافي قال القاضي فخر الدين في الجامع الصغير : والفقوى على قولهما ، وقيل ينبغي للقاضي أن ينظر في حال المدعي عليه ، فإن رآه متعتا يحلفه ويأخذه بقولهما ، وإن كان مظلوما لا يحلفه أخذا بقوله انتهى . وفي النهاية : هذا كله إذا لم يكن المقصود مالا ، وإن كان المقصود دعوى مال بأن ادعت المرأة على رجل أنه تزوجها وطلقها قبل الدخول ولها عليه نصف المهر وأنكر يستحلف في قولهم ، فإن نكل يقضى عليه ببينة بنصف المهر على ما يحجىء بعد هذا في الكتاب . وسئل الشيخ الإمام عبد الواحد الشيباني عن المرأة إذا كانت تعلم بالنكاح ولا تجد بينة تقيمها لإثبات النكاح والزواج ينكر ماذا يصنع القاضي حتى لا تبقى هذه المرأة معلقة أبد الدهر؟ قال يستحلفه القاضي إن كانت هذه امرأة لك فهي طالق حتى يقع الطلاق إن كانت امرأته فتتخلص منه وتحل للأزواج . وذكر الصدر الشهيد في أدب القاضي في باب اليمين أن الفقيه أبا الليث أخذ بقوله في هذه المسئلة ، وهكذا

لما قدمناه : يعني قوله إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين لإقامة الواجب ودفع الضرر عن نفسه ، فإن فيه تحصيل الثواب بإجراء ذكر اسم الله على لسانه معظما له ودفع تهمة الكذب عن نفسه وإبقاء ماله على ملكه ، فلولا هو كاذب في يمينه لما ترك هذه الفوائد الثلاث ، والإقرار يجري في هذه الأشياء فيعمل بالنكول فيها إلا أنه إقرار فيه شبهة لأنه في نفسه سكوت فكان حجة فيما لا يندري بالشبهات فلا يجري في الحدود واللعان في معنى الحدود فلا يجري فيه أيضا ، وعليه نقوض لإجمالية : الأول ما ذكره في الجامع : رجل اشترى نصف عهد ثم اشترى النصف الباقي ثم وجد به عيبا فخاصمه في النصف الأول فأنكر البائع ونكل عن اليمين فرد عليه ثم خاصمه في النصف الباقي فأنكر لم يلزمه ويستحلف ، ولو كان النكول إقرارا لزمه النصف الآخر بنكوله

(قال المصنف : ولا يستحلف عنده في النكاح والرجعة والنفي في الإيلاء والرق والاستيلاء والنسب والولاء والحدود واللعان الخ) أقول : قال الزيلعي : قال القاضي الإمام فخر الدين : الفتوى على أنه يستحلف المنكر في الأشياء الستة : يعني في هذا التي عدلها سوى الحدود واللعان انتهى . وإنما قال في الأشياء الستة نظرا إلى اتحاد النسب والاستيلاء (قال المصنف : يستحلف في ذلك كله الخ) أقول : قال في النهاية : لا يستحلف في الحدود بالإجماع إلا إذا تضمن سقا بأن علق عتق عبده بالزنا فقال : إن زنيته فأنكرت حر فادعى العبد أنه زني ولا بينة له عليه يستحلف المولى حتى إذا نكل ثبت العتق لا الزنا انتهى . ينبغي أن يقول العبد في دعواه إنه قد أتى بما علق عليه عتق ولا يقول إنه قد زني كي لا يصير

وصورة الاستيلاء أن تقول الجارية أنا أم ولد لمولاي وهذا ابني منه وأنكر المولى ، لأنه لو ادعى المولى ثبت الاستيلاء بإقراره ولا يلتفت إلى إنكارها . لهما أن النكول إقرار لأنه يدل على كونه كاذبا في الإنكار على ما قدمناه ، إذ لو لا ذلك لأقدم على اليمين الصادقة إقامة للواجب فكان إقرارا أو بدلا عنه ، والإقرار يجري في هذه الأشياء لكنه إقرار فيه شبهة ، والحدود تندري بالشبهات ، واللعان في معنى الحد .

في الواقعات أيضا . وكيفية الاستحلاف عندهما أن يحلف على الحاصل إن كانت المرأة هي المدعية بالله ما هذه امرأتك بهذا النكاح الذي ادعته ، وإن كان الزوج هو المدعي تحلف بالله ما هذا زوجك على ما ادعى . والمتأخرون من مشايخنا على أنه ينبغي للقاضي أن ينظر في حال المدعي عليه ، فإن رآه متعنتا يحلفه ويأخذ بقولهما ، وإن رآه مظلوما لا يحلفه أخذا بقول أبي حنيفة وهو كما اختاره شمس الأئمة في التوكيل بالخصومة بغير محضر من الخصم وبغير رضاه لهذا القاضي إن علم بالمدعي التعنت في إباء التوكيل لا يمكنه من ذلك ويقبل التوكيل بغير محضر من الخصم ، وإن علم بالموكل القصد إلى الإضرار بالمدعي في التوكيل لا يقبل ذلك إلا برضا الخصم حتى يكون دافعا للضرر من الجانبين ، كذا في الجامع الصغير لقاضيخان والمحبوبي . وفي الحدود : لا يستحلف بالإجماع إلا إذا تضمن حقا بأن علق عتق عبده بالزنا وقال إن زينت فأنت حر فادعى العبد أنه قد زنى ولا بينة له عليه يستحلف المولى ، حتى إذا نكل ثبت العتق دون الزنا ، كذا ذكره الصدر الشهيد في أدب القاضي ، إلى هنا لفظ النهاية (وصورة الاستيلاء أن تقول الجارية أنا أم ولد لمولاي وهذا ابني منه وأنكر المولى ، لأنه لو ادعى المولى ثبت الاستيلاء بإقراره ولا يلتفت إلى إنكارها) وإنما خص صورة الاستيلاء بالذكر من بين أخواته تنبيه على أنه لا مساغ للدعوى في هذه الصورة إلا من جانب واحد ، بخلاف أخواته الخلافية فإن للدعوى فيها مساغ من الجانبين كما صورناه فيما مر (لهما) أي لأبي يوسف ومحمد رجهما الله (أن النكول إقرار لأنه يدل على كونه كاذبا في الإنكار) أي في إنكاره السابق (على ما قدمناه) يعني قوله إذ لو لا ذلك لأقدم على اليمين إقامة للواجب ودفعاً للضرر عن نفسه ، وفيها تحصيل الثواب بإجراء ذكر اسم الله تعالى على لسانه تعظيماً له ودفع همة الكذب عن نفسه وإبقاء ماله على ملكه ، فلو لا هو كاذب في يمينه لما ترك هذه الفوائد الثلاث ، كذا في النهاية وغيرها (فكان) أي النكول (إقرارا أو بدلا عنه) . يفتح الدال : أي خلفا عن الإقرار : يعني أنه قائم مقام الإقرار . أقول : لا يخفى على ذي فطرة سليمة ركاسة تحرير المصنف هاهنا ، عين ألا يكون النكول إقرارا ، ثم قرع على دليله كونه إقرارا أو بدلا عنه بالترديد ، ولا يدفعها ماذكر في النهاية والكفاية من أنه جاز أن يكون هذا التردد لدفع بعض الشبهات التي ترد عليهما في القول بالإقرار انتهى . إذ كان يمكن دفع ذلك بذكر التردد أولا أيضا أو بالاكْتفاء بذكر كونه بدلا عنه في الموضعين معا ، بل كان هذا : أي الاكتفاء به هو الذي ينبغي كما ستقف عليه (والإقرار يجري في هذه الأشياء) هذا كبرى دليلهما على جواز الاستحلاف في الأشياء المذكورة . تقريره أن النكول إقرار والإقرار يجري في هذه الأشياء ينتج أن النكول يجري في هذه الأشياء ، فإذا جرى النكول فيها جرى الاستحلاف فيها أيضا لحصول فائدة الاستحلاف وهي القضاء بالنكول كما في سائر مواضع الاستحلاف (لكنه) أي لكن النكول (إقرار فيه شبهة) لأنه في نفسه سكوت (والحدود تندري بالشبهات) فلا يجري النكول فيها (واللعان في معنى الحد) لأنه قائم مقام حد القذف في حق الزوج ، حتى أن كل قذف يوجب حد القذف على الأجنبية إذا قذف الأجنبية فكذلك يوجب اللعان على الزوج ، وقائم مقام حد الزنا في حق المرأة كما تقرر

في المرة الأولى كما لو أقر في تلك المرة . الثاني الوكيل بالبيع إذا ادعى عليه عيب في المبيع واستحلف فنكل لزم الموكل ، ولو كان إقرارا لزم الوكيل . الثالث ما ذكره في المبسوط أن الرجل إذا قال تكفلت لك بما يقر لك به فلان فادعى المكفول له على فلان مالا

قالوا مولاه (قال المصنف : وصورة الاستيلاء أن يقول الخ) أقول : يفهم من تصوير الاستيلاء فيما ذكره أن لا يصح عكسه فلذلك قال لأنه لو ادعى المولى الخ (قوله واللعان في معنى الحد) أقول : قوله واللعان مبتدأ ، وقوله في معنى الحد خبره (قوله وعليه نقوض إجمالية) أقول : بل الظاهر أن تلك الأمور الثلاثة معارضات كما لا يخفى على من له أدنى تأمل ودربة .

في باب اللعان فلا يجري النكول فيه أيضا . قال صاحب العناية : وعليه نقوض إجمالية : الأول ما ذكره في الجامع : رجل اشترى نصف عبد ثم اشترى النصف الباقي ثم وجد به عيبا فخاصمه في النصف الأول فأنكر البائع ونكل عن العيين فردّ عليه ثم خاصمه في النصف الثاني فأنكر لم يلزمه ويستحلف ، ولو كان النكول إقرارا لزمه النصف الآخر بنكوله في المرة الأولى كما لو أقر في تلك المرة . الثاني الوكيل بالبيع إذا ادعى عليه عيب في المبيع واستحلف فنكل لزم الموكل ، ولو كان إقرارا لزم الوكيل . الثالث ما ذكره في المبسوط أن الرجل إذا قال تكفلت لك بما يقرّ لك به فلان فادعى المكفول له على فلان مالا فأنكر ونكل عن العيين فقضى عليه بالنكول لا يقضى به على الكفيل ، ولو كان النكول إقرارا لقضى به . والجواب أن النكول إما إقرار أو بدل منه . فوجه الإقرار ما تقدم ، ووجه كونه بدلا أن المدعى يستحق بدعواه جوابا يفصل الخصومة وذلك بالإقرار والإنكار ، فإن أقرّ فقد انقطعت ، وإن أنكر لم تنقطع إلا بيمين ، فإذا نكل كان بدلا عن الإقرار بقطع الخصومة . فالنقوض المذكورة إن وردت على اعتبار كونه إقرارا لا ترد على تقدير كونه بدلا منه ، ومثل هذا يسمى في علم النظر تغيير المدعى ، إلى هاهنا كلامه . أقول : ما ذكره في الجواب منظور فيه من وجوه : الأول أن الظاهر من قوله فوجه الإقرار ما تقدم ، ووجه كونه بدلا كيت وكيت أن ما تقدم إنما يصلح لأن يكون وجه الإقرار لا لأن يكون وجه كونه بدلا منه مع أنه صالح لهما ، ولهذا فرعهما المصنف عليه حيث قال : فكان إقرارا أو بدلا عنه . الثاني أن الوجه الذي ذكره لكونه بدلا منه غير تام ، إذ يرد عليه منع قوله فإذا نكل كان بدلا عن الإقرار بقطع الخصومة لجواز أن يكون بدلا كما ذهب إليه أبو حنيفة رحمه الله لا بدلا عن الإقرار ، وقطعه الخصومة لا يدل على كونه بدلا عنه لتحقق القطع المزبور بكونه بدلا أيضا ، ولجواز أن يكون نفس الإقرار بدلا عنه ، فحينئذ أيضا لا يتم التقریب . الثالث أن الإقرار إذا كان مخالفا في الأحكام لما هو بدل عنه كما هو في صورة النقوض المذكورة فن أين يعرف جريان بدل الإقرار أيضا في الأشياء المذكورة حتى يتم دليلهما المذكور في الكتاب . الرابع أن قوله ومثل هذا يسمى في علم النظر تغيير المدعى إنما يتم لو كان المذكور في دليلهما المسفور كون النكول إقرارا فقط . ولما كان المذكور فيه كونه إقرارا أو بدلا عنه بالترديد كما ترى لم يحتج في دفع النقوض المزبورة بما ذكر إلى تغيير شيء أصلا فلم يتم قوله المذكور . ثم إن لبعض الفضلاء كلامين في تحرير صاحب العناية هاهنا : أحدهما في جانب السؤال والآخر في جانب الجواب . أما الأول ففي قوله وعليه نقوض إجمالية حيث قال : بل الظاهر أن تلك الأسئلة الثلاثة معارضات كما لا يخفى على من له أدنى تأمل ودراية انتهى . وأما الثاني ففي قوله ومثل هذا يسمى في علم النظر تغيير المدعى حيث قال : بل هو تغيير الدليل والمدعى جواز الاستحلاف انتهى . أقول : كل واحد منهما ساقط . أما الأول فلأن تكون تلك الأسئلة معارضات مما لا يكاد يحسن لأن حاصل كل واحد كذلك فهو إما بدل أو إقرار لحصول المقصود به ، لكن إنزاله بأدلى كى لا يصير كاذبا في الإنكار السابق ، والبدل لا يجري (قوله ولو كان النكول إقرارا لقضى به) أقول : قال الزيلعي : لو كان إقرارا لمجاز مطلقا بدون القضاء انتهى . والجواب أنه ليس كذلك ، فإنه لا يجوز إلا في مجلس القاضى وقضائه فانهم ، ولعل الجواب هو الجواب ، وأيضا الذي جعله إقرارا هو النكول عن العيين الواجبة ووجوبها إنما هو في مجلس القضاء فليتأمل (قوله فإذا نكل كان بدلا عن الإقرار) أقول : أى خلفا عنه فيقوم النكول مقام الإقرار بقدر الحاجة : أى أنه خلف ضرورى لا يطلق (قوله بقطع الخصومة) أقول : الظاهر أن يقول بقطع الخصومة (قوله ومثل هذا يسمى في علم النظر تغيير المدعى) أقول : بل هو تغيير الدليل والمدعى جواز الاستحلاف (قوله وما كان كذلك فهو إما بدل أو إقرار الخ)

ولأبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه بذل لأن معه لا تبقى اليمين واجبة لحصول المقصود وإنزاله بأذلا أولى كي لا يصير كاذبا في الإنكار،

منها بيان تخلف الحكم وهو كون النكول إقرارا في صورة جزئية عن الدليل المذكور من قبل الإمامين، وهو صريح نقض إجمالي، ولا لطف للحمل على المعارضة في شيء منها لأن المدعى هاهنا وهو كون النكول إقرارا اكل، وما ذكر في كل واحد منها صورة جزئية لاتدل على خلاف المدعى بالكلية، وإنما غر ذلك البعض قول السائل في ذيل كل واحد من تلك الأسئلة، ولو كان النكول إقرارا لكان جواب المسئلة خلاف ما ذكر، والحال أن المراد مجرد بيان تخلف الحكم عن الدليل لإقامة الدليل على خلاف المدعى كما لا يخفى. وأما الثاني فلأن مراد صاحب العناية بالمدعى هاهنا قولهما إن النكول إقرارا المستدل عليه في كلام المصنف بقوله لأنه يدل على كونه كاذبا في الإنكار على ما قدمناه، فإذا صير في الجواب عن النقوض المذكورة إلى كون النكول بدلا عن الإقرار لانفس الإقرار فقد غير ذلك المدعى قطعا، وكون قولهما إن النكول إقرارا مقدمة الدليل بالنظر إلى أصل المسئلة وهو جواز الاستحلاف عندهما لا ينافي كونه مدعى بالنظر إلى كونه مستدلا عليه بالدليل المستقل. والعجب من ذلك القائل أنه جعل الأسئلة المذكورة معارضات والمعارضة إقامة الدليل على خلاف مدعى الخصم، وهذا لا يتصور إلا بأن يكون المدعى هاهنا قولهما إن النكول إقرارا، إذ لا ماساس لتلك الأسئلة بأصل المسئلة كما لا يخفى (ولأبي حنيفة أنه) أي النكول (بذل) وتفسير البذل عنده ترك المنازعة والإعراض عنها لا الهبة والتملك، ولهذا قلنا: إن الرجل إذا ادعى نصف الدار شائعا فأنكر المدعى عليه يقضى فيه بالنكول، وهبة نصف الدار شائعا لاتصح، كذا في النهاية ومعراج الدراية. نقلا عن الفوائد الظهيرية (لأن معه) أي مع البذل (لاتبقى اليمين واجبة لحصول المقصود) أي لحصول المقصود من اليمين وهو قطع الخصومة بالبذل فيكون ذلك باعنا على ترك الإقدام على اليمين، هذا هو العلة المجوزة لكون النكول بدلا، وأما العلة المرجحة لكونه بذلا على كونه إقرارا فهي ما أشار إليه بقوله (وإنزاله بأذلا أولى) أي من إنزاله مقرا (كي لا يصير كاذبا في الإنكار) أي في إنكاره السابق: يعني لو حملناه على الإقرار لكذبناه في إنكاره السابق، ولو جعلناه بذلا لقطعنا الخصومة بلا تكذيب، فكان هذا أولى صيانة للمسلم عن أن يظن به الكذب. قيل عليه لو كان النكول بذلا لما ضمن شيئا آخر إذا استحق ما أدى بقضاء، كما لو صالح عن إنكار واستحق بدل الصلح فإنه لا يضمن شيئا ولكن المدعى يرجع إلى الدعوى. وأجيب عنه بأن بذل الصلح وجب بالعقد، فإذا استحق بطل العقد فعاد الحكم إلى الأصل وهو الدعوى، وأما هاهنا فالمدعى يقول أنا أخذ هذا بإزاء ماوجب لي في ذمته بالقضاء، فإذا استحق رجعت بما في الذمة. وقيل عليه إن الحكم واجب على الحاكم بالنكول، والبذل لا يجب به الحكم عليه فلم يكن النكول بدلا. وأجيب عنه بأن الحكم لا يجب بالبذل الصريح. وأما ما كان بذلا بحكم الشرع كالنكول فلا نسلم أنه لا يجب به بل هو موجب له قطعا للمنازعة. وقيل عليه يقضى بالقصاص في الأطراف بالنكول، ولو كان بذلا لما قضى به لأن البذل لا يعمل فيها، وأجيب عنه بأننا لا نسلم أن البذل فيها غير عامل بل هو عامل إذا كان مفيدا نحو أن يقول أقطع يدى وبها آكلة حيث لم يأثم بقطعها، وفيما نحن فيه النكول مفيد لأنه يحترز به عن اليمين وله ولاية الاحتراز عن اليمين.

في هذه الأشياء، فإنه إذا قال مثلا أنا حرّ وهذا الرجل يوذني فذفعت إليه نفسي أن يسرقني، أو قال أنا ابن فلان ولكن أبحث لهذا أن يدعى نسي، أو قالت أنا لست بامرأته لكن دفعت إليه نفسي وأبحث له الإمساك لا يصح. وعليه نقوض: الأول أنه لو كان بذلا لما ضمن شيئا آخر إذا استحق ما أدى بقضاء كما لو صالح عن إنكار واستحق بدل الصلح فإنه لا يضمن شيئا، ولكن المدعى يرجع إلى الدعوى. الثاني لو كان بذلا كان إيجابا في الذمة ابتداء وهو لا يصح. الثالث أن الحكم واجب على الحاكم بالنكول والبذل لا يجب به الحكم فلم يكن النكول بدلا. الرابع أن العهد المأذون يقضى عليه بالنكول، ولو كان بذلا

أقول: تقريره لا يطابق المشروح (قوله إذا استحق ما أدى بقضاء الخ) أقول: كما إذا أدى من الدراهم المودعة (قوله الثاني لو كان بذلا لكان إيجابا الخ) أقول: الملازمة منوعة إن أريد كان إيجابا من الناكل، وإن أريد في ذم المدعى فليس يزعمه ابتداء. والجواب أن المراد

والبذل لايجرى في هذه الأشياء . وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول فلا يستحلف ، إلا أن هذا بذل لدفع الخصومة فيملكه المكاتب والعبد المأذون بمنزلة الضيافة اليسيرة ،

هذه خلاصة ما في الشروح هاهنا من الأسئلة والأجوبة (والبذل لايجرى في هذه الأشياء) فإنه لو قالت مثلا لانكاح بيني وبينك ولكني بذلت لك نفسي لم يصح بدلا ؛ وكذا لو قال أنا حر الأصل ولكن هذا يؤذيني بالدعوى فبذلت له نفسي ليسرقتي ، أو قال أنا ابن فلان ولكن هذا يؤذيني بالدعوى فأبحت له أن يدعى نسي لم يصح بدله ؛ بخلاف الأموال فإنه لو قال هذا المال ليس له ولكني أبحت له وبذلت له لأتخلص من خصومته صح بدله (وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول) ولما لم يجز البذل في هذه الأشياء لم يتصور فيها القضاء بالنكول الذي هو البذل (فلا يستحلف) فيها لعدم الفائدة . قال صاحب الكافي : فإن قيل : هذا التعليل مخالف للحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام « واليمين على من أنكر » قلنا : خص منه الحدود واللعان ، فجاز تخصيص هذه الصور بالقياس انتهى . وقال صاحب العناية : لا يقال أبوحنيفة رحمه الله ترك الحديث المشهور وهو قوله صلى الله عليه وسلم « اليمين على من أنكر » بالرأى ، وهو لا يجوز لأن أبا حنيفة رحمه الله لم ينف وجوب اليمين فيها ، لكنه يقول : لما لم تفد اليمين فائدتها وهو القضاء بالنكول لكونه بذلا لايجرى فيها سقطت كسقوط الوجوب عن معذور لايتحقق منه أداء الصلاة لفوات المقصود انتهى . وقال بعض الفضلاء : وأجاب العلامة الكاكي بأنه خص من الحديث الحدود بالإجماع ، فجاز تخصيص هذه الصور بالقياس ، ولم يذكره الشارح : يعنى العناية لأن المخصص يجب أن يكون مقارنا والإجماع ليس كذلك انتهى . أقول : مدار كلامه على مافهمه من أن يكون مراد العلامة الكاكي أن تخصيص الحدود من الحديث هو لإجماع الأمة ، والظاهر أن مراده بالإجماع اتفاق الأئمة ، فالعنى كون الحديث مما خص منه البعض وهو الحدود متفق عليه ، ولا ينافى هذا كون المخصص نصا ومقارنا ، على أن قاعدة الأصول هي أنه إذا لم يعلم المقارنة وعدمها يحمل على المقارنة فيتم المطلوب ، ويؤيد كون مراده بالإجماع اتفاق الأئمة في كون الحديث مخصوصا أن الجواب الذى ذكره وقع في الكافي والكفاية من غير ذكر قيد الإجماع فتأمل (إلا أن هذا بذل لدفع الخصومة فيملكه المكاتب والعبد المأذون بمنزلة الضيافة اليسيرة) هذا جواب سؤال

لما قضى لأن بذله باطل . الخامس يقضى بالقصاص في الأطراف بالنكول ، ولو كان بذلا لما قضى لأن البذل لايتحمل فيها . والجواب عن الأول أن بذل الصلح وجب بالعقد ، فإذا استحق بطل العقد فماد الحكم إلى الأصل وهو الدعوى ، فأما هاهنا فالدعوى يقول أنا آخذ هذا بإزاء ما وجب لى في ذمته بالقضاء فإذا استحق رجعت بما في الذمة ، وعن الثاني بأن عدم الصحة ممنوع بل هو صحيح كما في الحوالات وسائر المدائيات . وعن الثالث بأن الحكم لايجب بالبذل الصريح ، وأما ما كان بذلا بحكم الشرع كالنكول فلا نسلم أنه لايجب بل هو موجب قطعاً للمنازعة . وعن الرابع أنا لانسلم عدم صحة البذل من المأذون بما دخل تحت الإذن كإهداء المأكول والإعارة والضيافة اليسيرة ونحوها . وعن الخامس أنا لانسلم أن البذل فيها غير عامل ، بل هو عامل إذا كان مفيداً ، نحو أن يقول اقطع يدى وبها آكلة لم يأثم بقطعها ، وفيما نحن فيه النكول مفيد لأنه يجتز به عن اليمين ، وله ولاية الاحتراز عن اليمين . لا يقال : أبوحنيفة ترك الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام « واليمين على من أنكر » . بالرأى ، وهو لايجوز لأن أبا حنيفة لم ينف وجوب اليمين فيها ، لكنه يقول : لما لم يفد اليمين فائدتها وهو القضاء بالنكول لكونه بذلا لايجرى فيها سقطت كسقوط الوجوب عن معذور لايتحقق منه أداء الصلاة لفوات المقصود (قوله وفائدة الاستحلاف) يعنى أن البذل في هذه الأشياء لايجرى ففأت فائدة الاستحلاف ، لأن فائدته القضاء بالنكول والنكول بذل والبذل فيها لايجرى فلا يستحلف فيها لعدم الفائدة . وقوله (إلا أن هذا بذل) جواب سؤال تقريره لو كان بذلا لما ملكه المكاتب ، والعبد المأذون

هو الأول ، ولو لم يجب لم يحكم القاضى به فتأمل ، فلا يلتفت بالنزاع لا يحكم فيه القاضى (قوله بل هو صحيح كما في الحوالة) أقول : لم يذكر الكفاية لأن الأصح أنها ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة لالدين فتأمل (قوله وسائر المدائيات) أقول : وفيه تأمل ، فإن قيد ابتداء يدفعه نعم في الصلح عن إنكار ذلك (قوله لأن أبا حنيفة الخ) أقول : هذا جواب لقوله لا يقال أبوحنيفة ترك الحديث المشهور الخ . وأجاب

وصحته في الدين بناء على زعم المدعى وهو ما يقبضه حقاً لنفسه ، والبذل معناه هاهنا ترك المنع وأمر المال حين ، قال (ويستحلف السارق ،

مقدر ، وهو أن النكول لو كان بذلاً لما ملكه المكاتب والعبد المأذون لما أن في البذل معنى التبرع وهما لا يملكانه . فأجاب بأنهما يملكان ما لا بد له من التجارة كما في الضيافة اليسيرة ، وبذلك بالنكول من جملة ذلك ، كذا في عامة الشروح . أقول : لما منع أن يمنع كون بلهما من جملة ذلك إذ الخصومة تندفع بدون ذلك من غير ضرورة بأن أقدم على التبرع إن كانا صادقين في إنكارهما ، وبأن أقر أن كان المدعى هو الصادق فليأمل (وصحته) أي صحة البذل (في الدين بناء على زعم المدعى وهو ما يقبضه حقاً لنفسه ، والبذل معناه هاهنا ترك المنع وأمر المال حين) هذا أيضاً جواب سؤال مقدر وهو أن النكول لو كان بذلاً لما جرى في الدين لأن محله الأعيان لا الدينون ، إذ الدين وصف في الذمة والبذل والإعطاء لا يجريان في الأوصاف . فأجاب بأن معنى البذل هاهنا ترك المنع ، فكان المدعى يأخذه منه بناء على زعمه أنه يأخذ حق نفسه ولا مانع له ، وترك المنع جائز في الأموال لأن أمر المال حين حيث تجرى فيه الإباحة ، بخلاف تلك الأشياء فإنه لا تجرى فيها الإباحة ، كذا في الشروح وسائر المعبريات ، حتى أن صاحب الكافي أتى بصريح السؤال والجواب حيث قال : فإن قيل : لو كان بذلاً لما جرى في الدين ، لأن محله الأعيان لا الدينون ، إذ البذل والإعطاء لا يجريان في الأوصاف والدين وصف في الذمة . قلنا : البذل هاهنا ترك المنع كأن المدعى يأخذه منه بناء على زعمه أنه يأخذ حق نفسه ولا مانع له ، وأمر المال حين ، بخلاف النكاح ونحوه انتهى . وأقول : لا يخفى على ذي فطرة سليمة بعد التأمل الصادق أن الجواب المذكور لا يدفع السؤال المزبور وإن تلقته الثقات بالقبول ، لأن الدين لما كان وصفاً ثابتاً في الذمة غير منتقل عنها لم يكن قابلاً للأخذ والإعطاء ، وأن ترك المنع إنما يتصور في الأموال المتحققة في الأعيان لا في الأوصاف الثابتة في الذم ، لأن ترك المنع فرع جواز الأخذ ، فما لم يكن قابلاً للأخذ لم يتصور فيه ترك المنع ، فلم يكن الذي يأخذه المدعى من المدعى عليه بناء على زعمه أنه حق نفسه الدين بل كان العين ، وكذا لم يكن الذي ترك المدعى عليه منعه أخذ الدين بل كان أخذ العين والسؤال بالدين لا بالعين ، فالجواب المذكور لا يدفعه . والحق عندى في الجواب أن يقال : معنى البذل في الدين لإحداث مثله في ذمة المدعى بإعطاء عين بمثل معياره معيار الدين المدعى وحصول المقاصة به من الطرفين ، كما أن معنى قضاء الدين هذا ولهذا قايروا : الدينون تقضى بأمثالها على ما حقق في موضعه ، فإذا قال المدعى مثلاً لي عليه عشرة دراهم كان معناه حصل لي في ذمته وصف معياره عشرة دراهم ، فالذي يلزم المدعى عليه عند نكوله عن التبرع إعطاء عين بمثل معياره معيار ما ادعاه المدعى من الدين وهو عشرة دراهم ، فالمبذول حقيقة هو العين الذي يعطى لا الدين نفسه وإن كان المدعى ديناً (قال) أي محمد رحمه الله في الجامع الصغير (ويستحلف السارق) يريد به أنه إذا أراد المسروق منه أخذ المال دون القطع

لأن فيه معنى التبرع وهما لا يملكانه وقد ذكرنا وجهه آنفاً أنهما يملكان ما لا بد له من التجارة وبذلك بالنكول من جملة ذلك . وقوله (وصحته في الدين) جواب عما يقال إنه لو كان بذلاً لما جرى في الدين لأنه وصف في الذمة والبذل لا يجري فيها . ووجه ذلك أن البذل في الدين إن لم يصح ، فلما أن يكون من جهة القابض أو من جهة الدافع ، فإن كان الأول فلا مانع ثمة لأنه يقبضه حقاً لنفسه بناء على زعمه ، وإن كان الثاني فالمراد به هاهنا أي في الدين ترك المنع وجاز له أن يترك المنع . فإن قيل : فهل جعل في الأشياء السبعة أيضاً تركاً للمنع حتى يجري فيها . أجيب بأن أمر المال حين تجرى فيه الإباحة ، بخلاف تلك الأشياء فإن أمرها ليس بهين حيث لا تجرى فيها الإباحة ، وجعله هاهنا ترك المنع ، وفي قوله إلا أن هذا بذل لدفع الخصومة غير الترك وفي ذلك تسامح في العبارة . والذي ذكرناه في مطلع البحث من تعريفه وهو قولنا قطع الخصومة بدفع ما يدعيه الخصم لعله أولى . قال (ويستحلف السارق الخ) إذا كان مراد المسروق منه أخذ المال يستحلف السارق بالله ماله عليك هذا المال لأنه يثبت بالشبهات

العلامة الكاكي بأنه غرض من الحديث الحدود بالإجماع فجاز تخصيص هذه الصور بالقياس ، ولم يذكره الشارح لأن المخصص يجب أن يكون مقارناً للإجماع ليس كذلك وفيه تأمل (قوله والبذل لا يجري فيها) أقول : أي في الأوصاف (قوله ووجه ذلك أن البذل في الدين الخ)

فإن نكل ضمن ولم يقطع) لأن المنوط بفعله شيثان : الضمان ويعمل فيه النكول . والقطع ولا يثبت به فصار كما إذا شهد عليها رجل وامرأتان . قال (وإذا ادعت المرأة طلاقا قبل الدخول استحلف الزوج ، فإن نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعا) لأن الاستحلاف يجري في الطلاق عندهم لاسيما إذا كان المقصود هو المال ،

يستحلف السارق بالله ماله عليك هذا المال لأنه يثبت بالشبهات ؛ ألا يرى أنه يثبت بكتاب القاضى إلى القاضى والشهادة على الشهادة ، فجاز أن يثبت بالنكول الذى هو بذل أو إقرار فيه شبهة ، والحدود لا تقام بحجة فيها شبهة فكذلك لا تقام بالنكول ، فلهذا لا يجري اليمين في الحدود . وعن محمد أنه قال : القاضى يقول للمدعى ماذا تريد ؟ فإن قال أريد القطع ، فالقاضى يقول له : إن الحدود لا يستحلف فيها فليست لك يمين ، وإن قال أريد المال ، فالقاضى يقول له : دع دعوى السرقة وانبعث على دعوى المال ، كذا في النهاية نقلا عن الإمام المرغيناني والمحبري . قال المصنف (فإن نكل ضمن ولم يقطع لأن المنوط بفعله) أى بفعل السارق وهو السرقة (شيثان : الضمان) أى أحدهما ضمان المال (ويعمل فيه النكول . والقطع) أى وثانيهما قطع اليد (ولا يثبت به) أى لا يثبت القطع بالنكول . وقال صاحب العناية : يريد المصنف بفعله في قوله لأن المنوط بفعله شيثان : النكول ، ثم قال : ويجوز أن يراد به فعل السرقة . أقول : الثاني هو الصحيح ، والأول فاسد لأن المصنف صرح بأن القطع لا يثبت بالنكول فحينئذ لا ينافى القطع بالنكول قطعا فكيف يصح أن يحمل الفعل في قوله لأن المنوط بفعله شيثان على النكول وأحد الشيثين هو القطع . ثم أقول : بقی فی کلام المصنف شيء ، وهو أن التعليل الذى ذكره بقوله لأن المنوط بفعله شيثان إلى آخره لا يفيد شيئا يعتد به ، إذ ليس فيه بيان لمية المدعى هاهنا ، بل هو مجرد تفصيل لما قبله ، فإن قوله الضمان ويعمل فيه النكول تفصيل لقوله فإن نكل ضمن من غير إشارة إلى علة كون النكول عاملا فيه ، وقوله والقطع ولا يثبت به تفصيل لقوله ولم يقطع من غير إشارة إلى علة عدم ثبوت القطع به فبقى المدعى غير معلوم اللية . والأوجه في التعليل ما ذكره الإمام الزيلعي في شرح الكنز حيث قال : لأن موجب فعله شيثان الضمان ، وهو يجب مع الشبهة فيجب بالنكول ، والقطع وهو لا يجب مع الشبهة فلا يجب بالنكول انتهى . وكذا ما ذكره صاحب الكافي حيث قال : لأنه في السرقة يدعى المال والحد وإيجاب الحد لانجامه الشبهة ، وإيجاب المال يجمعه الشبهة فيثبت به انتهى ، تبصر تقف (فصار) أى صار حكم هذه المسئلة (كما إذا شهد عليها) أى على السرقة (رجل وامرأتان) فإنه يثبت هناك المال دون القطع ، فكذا هاهنا وصار كما إذا أقر بالسرقة ثم رجع فإنه يسقط الرجوع الحد وهو القطع ، ويثبت المال بالإقرار ولا يسقط الرجوع (قال) أى محمد رحمه الله في الجامع الصغير (وإذا ادعت المرأة طلاقا قبل الدخول استحلف الزوج ، فإن نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعا لأن الاستحلاف يجري في دعوى الطلاق عندهم لاسيما إذا كان المقصود هو المال) وفائدة تعيين صورة المسئلة في الطلاق قبل الدخول هي تعليم

فجاز أن يثبت بالنكول . وعن محمد أنه قال : القاضى يقول للمدعى ماذا تريد ؟ فإن قال أريد القطع يقول القاضى الحدود لا يستحلف فيها فليس لك يمين ، وإن قال أريد المال يقول له دع دعوى السرقة وانبعث على دعوى المال . قال المصنف (فإن نكل ضمن ولم يقطع لأن المنوط بفعله) يريد به النكول (شيثان : الضمان ويعمل النكول فيه ، والقطع فلا يثبت به فصار كما إذا شهد عليها رجل وامرأتان ، يريد بذلك اشتغال الحجة على الشبهة ، ويجوز أن يراد بقوله بفعله فعل السرقة (وإذا ادعت المرأة طلاقا قبل الدخول بها استحلف الزوج ، فإن نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعا لأن الاستحلاف يجري في الطلاق عندهم ، لاسيما إذا كان المقصود هو المال) فإن قلت : هل في تخصيص ذكر الطلاق قبل الدخول فائدة ؟ قلت : هي تعليم أن دعوى المهر لا تنافى بين أن تكون في كل المهر أو نصفه ، وفيه نظر لأن الإطلاق يقتضى عن ذلك ، وليس فيه توهم

أقول : لم يخرج الجواب الصريح عن السؤال على ما قرره (قوله يريد به النكول فيه) أقول : فيه بحث (قوله والقطع ولا يثبت به) أقول : فيه شبهة التناقض ، والأصوب تفسير فعله بفعل السرقة (قوله وفيه نظر لأن الإطلاق يقتضى عن ذلك الخ) أقول : فيه بحث ، فإنه لو أطلق ربما ذهب الرفع إلى الطلاق بعد الدخول لعلته بل ولكاله أيضا فحديث به يعلم حكمه بطريق الأول ، فإنه إذا استحلف قبل تأكيده المهر فمعه أولى

وكذا في النكاح إذا ادعت هي الصداق لأن ذلك دعوى المال ، ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح ، وكذا في النسب إذا ادعى حقا كالإرث ، والحجر في اللقيط ،

أن دعوى المهر لا تتفاوت بين أن تكون الدعوى في كل المهر أو نصفه ، كذا في النهاية ومعراج الدراية . قال صاحب العناية : وفيه نظر لأن الإطلاق يغني عن ذلك ، وليس فيه توهم التقييد بذلك انتهى . وأجاب عنه بعضهم بأنه لو أطلق لربما ذهب الوهم إلى الطلاق بعد الدخول لغلبته فقيده به ليعلم حكمه بطريق الأولوية ، فإنه إذا استحلف قبل تأكيد المهر فبعده أولى كما لا يخفى . قال المصنف (وكذا في النكاح إذا ادعت هي الصداق) أي وكذا يستحلف الزوج بالإجماع فيما إذا ادعت المرأة مع النكاح الصداق (لأن ذلك دعوى المال) أي المقصود من ذلك دعوى المال (ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح) يعني يثبت المال بنكوله في قولهم جميعا لأن المال يجري فيه الإقرار والبذل ، ولا يثبت النكاح في قول أبي حنيفة رحمه الله لأن النكاح لا يجري فيه البذل . قال بعض الفضلاء : فإن قيل : يلزم على هذا أن يتحقق الملزوم بدون اللازم . قلنا : يجوز أن يحكم بثبوت النكاح في حق المهر بالنكول لا مطلقا ، على أن المهر ليس يستلزم النكاح القائم لبقائه حال الفرقة والطلاق انتهى . أقول : كل واحد من أصل جوابه وعلاوته مختل . أما الأول فلأنه لو جاز أن يحكم بثبوت النكاح في حق المهر بالنكول لحاز البذل في النكاح في الجملة : أي في بعض الحالات ولم يقل به صاحب مذهب قط . وأما الثاني فلأن المهر وإن لم يستلزم قيام النكاح في البقاء ولكن يستلزم تحقق النكاح في الابتداء كما لا يخفى . ومعنى المسئلة التي نحن فيها أن النكاح لا يثبت بالنكول لافي الابتداء ولا في البقاء لعدم جريان البذل فيه على كل حال فلم يتدفع السؤال . ثم أقول في الجواب عن سؤالي : إن ثبوت المهر في الواقع يستلزم ثبوت النكاح فيه ، وأما ثبوته عند القاضي فلا يستلزم ثبوت النكاح عنده لأن معنى ثبوته عنده ظهوره له ، إذ قد مر أن الحجج الشرعية مثبتة في علم القاضي مظهرة في الواقع ، ولا يستلزم ظهور الملزوم ظهور اللازم لحوا أن تقوم الحجة على الأول دون الثاني كما فيها نحن فيه . فالذي يلزم من المسئلة المذكورة ثبوت المهر عند القاضي بدون ثبوت النكاح عنده ، ولا محذور فيه لعدم الاستلزام كما عرفت ، وقس على هذا أحوال نظائره من المسائل الآتية المتصلة به في الكتاب ، فإن ما ذكرناه مخلص في الجميع . قال المصنف (وكذا في النسب) أي وكذا يستحلف في النسب بالإجماع (إذا ادعى حقا) أي إذا ادعى مع النسب حقا آخر (كالإرث) بأن ادعى رجل على رجل أنه أخ المدعى عليه مات أبوهما وترك مالا في يد المدعى عليه فإنه يستحلف بالإجماع ، فإن حلف برئ ، وإن نكل يقضى بالمال دون النسب (والحجر في اللقيط) بأن ادعت امرأة حرة الأصل صبيا لا يعبر عن نفسه كان في يد رجل التقطه أنه أخوها وأنها أولى بحضانتها فإنه يستحلف بالإجماع ، فإن نكل ثبت لها حق نقل

التقييد بذلك (وكذا في النكاح إذا ادعت الصداق لأن ذلك دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح) فإن قلت : وجب أن يثبت النكاح أيضا لأنه يثبت بالشبهات . قلت : البذل لا يجري فيه كما تقدم (وكذا في النسب إذا ادعى حقا كالإرث) بأن ادعى رجل على رجل أنه أخو المدعى عليه مات أبوهما وترك مالا في يد المدعى عليه أو طلب من القاضي فرض النفقة على المدعى عليه بسبب الأخوة فإنه يستحلف على النسب ، فإن حلف برئ ، وإن نكل يقضى بالمال والنفقة دون النسب (و) كذا إذا ادعى (الحجر في اللقيط) بأن كان صبيا لا يعبر عن نفسه في يد ملتقط فادعت أخوته حرة تريد قصر يد الملتقط لحق حضانتها وأرادت استحلافه فنكل يثبت لها الحجر دون النسب ، وكذا إذا وهب لإنسان عينا ثم أراد الرجوع فيها فقال

كما لا يخفى ، لكن بقى في قولنا بل ولكاله بحث فتأمل (قوله وكذا في النكاح إلى قوله ولا يثبت النكاح) أقول : فإن قيل : يلزم على هذا أن يتحقق اللازم بدون الملزوم . قلنا : يجوز أن يحكم بثبوت النكاح في حق المهر لا مطلقا على أن المهر ليس يستلزم النكاح القائم لبقائه حال الفرقة والطلاق (قوله قلت البذل لا يجري فيه كما تقدم) أقول : فنبين أن يثبت النكاح عندهما (قوله فإنه يستحلف على النسب) أقول : فيه بحث بل يستحلف على الحاصل عند أبي حنيفة فيستحلف بالله ماله في ذلك المال الذي يدعيه حق ، نص عليه الإثنان نقلنا عن خواهر زاده . جوابه أن كلام الشارح مبني على ما يحكى : من أن السبب إذا كان لا يرتفع برفع يخلف على السبب بالإجماع (قوله فادعت أخوته حرة) أقول : أو ادعى

والنفقة ، وامتناع الرجوع في الهبة ، لأن المقصود هذه الحقوق ،

الصبي إلى حجرها دون النسب (والنفقة) بأن ادعى زمن على موسى أنه أخوه وأن نفقته عليه فأنكر المدعى عليه الأخوة يستحلف بالإجماع ، فإن نكل يقضى بالنفقة دون النسب (وامتناع الرجوع في الهبة) بأن أراد الواهب الرجوع في الهبة فقال الموهوب له أنت أخى يريد بذلك إبطال حق الرجوع فإنه يستحلف بالإجماع ، فإن نكل ثبت امتناع الرجوع دون النسب (لأن المقصود هذه الحقوق) دليل للمجموع : يعنى أن المقصود بالدعوى في المسائل المذكورة هذه الحقوق : أى دون النسب المحرّد ، ثم إن صاحب العناية بعد مفسر قول المصنف لأن المقصود هذه الحقوق بقوله : أى دون النسب المحرّد قال في تعليقه فإن فيه تحميله على الغير وهو لا يجوز انتهى . أقول : فيه نظر ، لأن تحميل النسب على الغير لا يلزم في المسائل المذكورة مطلقاً بل إنما يلزم فيما إذا كان النسب مما لا يثبت بالإقرار كالأخوة ونحوها ، وأما فيما إذا كان مما يثبت بالإقرار كالأبوة والبنوة فلا ، والمسائل المذكورة تعم الصورتين معاً ، ألا يرى أن المدعى في صورة النفقة إذا قال للمدعى عليه أنت أبى فإن المسئلة بحالها وكذا الحال في صورة امتناع الرجوع في الهبة ، وكذا المدعى في صورة الحجر في اللقيط إذا قالت إن الصبي ابنها فإن المسئلة بحالها أيضاً وكان التعليل المذكور قاصراً عن إفادة كلية المدعى . وقال بعض الفضلاء : الأظهر أن يقول صاحب العناية بدل التعليل الذى ذكره : فإن البذل لا يجرى فيه كما قال آتفا في صورة دعوى النكاح انتهى . أقول : وفيه أيضاً نظر ، فإن الميثل هاهنا أن لا يكون المقصود بالدعوى في المسائل المذكورة النسب المحرّد ، وعدم جريان البذل في النسب المحرّد لا يفيد لأن الحجج على الدعوى غير منحصرة في النكول ، بل منها أيضاً إقامة البيئة وإقرار الخصم ، والبذل إنما هو للنكول من بينها فلا يلزم من عدم جريانه في النسب المحرّد عدم جريان سائر الحجج فيه حتى لا يصبح أن يكون مقصوداً بالدعوى في المسائل المذكورة ، بخلاف ما قاله في صورة دعوى النكاح فإن المثل هناك عدم ثبوت النكاح بالنكول ، وعدم جريان البذل في النكاح يفيد قطعاً . لا يقال : التعليل الصحيح هنا أن يقال فإنه لو كان المقصود بالدعوى في المسائل المذكورة هو النسب المحرّد لما ادعى المدعى فيها مع النسب حقاً آخر والمفروض في كل واحدة من تلك المسائل ادعاء المدعى معه حقاً آخر كما يتبادر عليه قول المصنف وكذا في النسب إذا ادعى حقاً كالإرث الخ . لأننا نقول : هذا إنما يتم فيما إذا كان النسب مما يثبت بالإقرار كالبنوة ونحوها ، فإن دعوى النسب المحرّد تسمع في تلك الصورة ، فلو كان مقصود المدعى فيها دعوى النسب المحرّد لما ادعى معه حقاً آخر ، وأما إذا كان النسب مما لا يثبت بالإقرار كالأخوة ونحوها فلا ، لأن دعوى النسب المحرّد لا تسمع في هذه الصورة ، بل يتوقف فيها استماع الدعوى وقبول البيئة على أن يدعى المدعى مع النسب حقاً آخر لنفسه كما صرح به في عامة معتبرات الفتاوى فيجوز أن يكون مقصود المدعى في هذه الصورة النسب المحرّد ويدعى مع النسب حقاً آخر لمجرد التوصل به إلى مقصوده وهو النسب المحرّد ، والمسائل

الموهوب له أنت أخى يريد بذلك إبطال حق الرجوع استحلف الواهب ، فإن نكل ثبت امتناع الرجوع ولا تثبت الأخوة قوله لأن المقصود هذه الحقوق دليل للمجموع : أى دون النسب المحرّد ، فإن فيه تحميله على الغير وهو لا يجوز ، ولهذا إنما يستحلف في النسب المحرّد عندهما إذا كان يثبت بإقراره كالأب والابن في حق الرجل والأب في حق المرأة دون الابن ، لأن في دعواها الابن تحميل النسب على الغير ، وأما المولى والزوج فإن دعواهما تصح من الرجل والمرأة إذ ليس فيه تحميل على أحد فيستحلف ،

ذلك حر (قوله فإن فيه تحميله على الغير وهو لا يجوز) أقول : الأظهر أن يقول بدله ، فإن البذل لا يجرى فيه كما قاله آتفا في صورة دعوى النكاح ، فإن ما ذكره من التعليل فيه قصور لأن المدعى في صورة دعوى النفقة وامتناع الرجوع في الهبة إذا قال للمدعى عليه أنت أبى مثلاً فإن المسئلة بحالها وليس فيه تحميل النسب ، وأما مذهب الإمامين في نفى الاستحلاف إذا ادعى المدعى الأخوة فيعلم بتعليقه من قوله وإنما يستحلف الخ فافهم (قوله ولهذا) أقول : أى لعدم الجواز (قال المصنف : لأن في دعواها) أقول : في النهاية : أى في إقرارها انتهى ، وفيه كلام (قوله فإن دعواها الخ) أقول : فيه ركاكة ظاهرة وتندفع بإعادة التفسير إلى الولاية والزوجية في ضمن المولى والزوج كما في قوله تعالى - اعدلوا هو أقرب للتقوى -

ولأنما يستحلف في النسب المجرد عندهما إذا كان يثبت بإقراره كالأب والابن في حق الرجل والأب في حق المرأة ، لأن في دعواها الابن تحميل النسب على الغير والمولى والزوج في حقهما . قال (ومن ادعى قصاصا على غيره فجحدته استحلف) بالإجماع (ثم إن نكل عن العيين فيما دون النفس يلزمه القصاص ، وإن نكل في النفس حبس حتى يحلف أو يقر) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالوا : لزمه الأرش فيهما لأن النكول لإقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت به القصاص ويجب به المال ، خصوصا إذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه ،

المذكورة تم الصورتين معا كما بيناه من قبل ، فكان هذا التعليل أيضا قاصرا على إفادة كلية المدعى . وبالجملة لم يظهر لقول المصنف لأن المقصود هذه الحقوق جملة واضحة شاملة لجميع صور تلك المسائل العامة فكان هذا هو السر في أن صاحب الكافي لم يذكر قول المصنف هذا أصلا مع أن عادته اقتفاء أثر المصنف في أمثاله ، وأن أكثر الشراح لم يتعرضوا لشرحه وبيانه بالكلية (ولأنما يستحلف في المجرد) قيد به احترازا عما هو مقرون بدعوى حق آخر كما مر آنفا (عندهما) أى عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله (إذا كان يثبت بإقراره) أى إذا كان يثبت النسب بمجرد إقرار المدعى عليه فإن النكول عندهما لإقرار فكل نسب لو أقر به المدعى عليه ثبت يثبت بالنكول أيضا (كالأب والابن في حق الرجل) فإنه إذا أقر بالأب والابن يصح إقراره ويثبت نسب المقر له منه بمجرد إقراره (والأب في حق المرأة) فإنها إذا أقرت بالأب يصح إقرارها ويثبت نسب المقر له منها بمجرد إقرارها ، وأما لو أقرت بالابن فلا يصح إقرارها ولا يثبت نسبه منها (لأن في دعواها الابن) أى في ادعائها الابن : أى في إقرارها به ، كذا في النهاية وغاية البيان تأمل (تحميل النسب على الغير) وهو لا يجوز (والمولى) أى وكالولى : يعنى السيد (والزوج في حقهما) أى في حق الرجل والمرأة ، وهذا القيد : أعنى قوله في حقهما متعلق بالمولى والزوج جميعا ، فإن إقرار الرجل والمرأة بالمولى والزوج يصح . وحاصل كلام المصنف هاهنا أن إقرار الرجل يصح بأربعة : بالأب والابن والمولى والزوجة ، وإقرار المرأة يصح بثلاثة : بالأب والمولى والزوج ، ولا يصح بالولد لأن فيه تحميل النسب على الغير . وكان أصل المسئلة في محلها أن إقرار الرجل يصح بخمسة : بالوالدين والولد والزوجة والمولى . وإقرار المرأة يصح بأربعة : بالوالدين والزوج والمولى ، ولا يصح بالولد لما مر ، فكان المصنف اكتفى بذكر الأب عن ذكر الأم لظهور اشتراكهما في الحكم المذكور . قال شيخ الإسلام نجاهر زاده في مبسوطه : الأصل في هذا الباب أن المدعى قبله النسب إذا أنكر هل يستحلف إن كان بحيث لو أقر به لا يصح إقراره عليه ، فإنه لا يستحلف عندهم جميعا لأن العيين لا تنفذ ، فإن فائدة العيين النكول حتى يجعل النكول بدلا أو إقرارا فيقضى عليه ، فإذا كان لا يقضى عليه لو أقر فإنه لا يستحلف عندهم جميعا ، وإن كان المدعى قبله بحيث لو أقر لزمه ما أقر به ، فإذا أنكر هل يستحلف على ذلك ؟ فالمسئلة على الاختلاف عند أبي حنيفة رحمه الله لا يستحلف ، وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يستحلف ، فإن حلف برئ ، وإن نكل عن العيين لزمه الدعوى ، فعلى هذا الأصل تخرج مسائل الباب انتهى (قال) أى القادورى في مختصره (ومن ادعى قصاصا على غيره فجحدته) وليس للمدعى بينة (استحلف) المدعى عليه (بالإجماع) سواء كانت الدعوى في النفس بها أو فيما دونها ، وهذه المسئلة المذكورة في الجامع الصغير أيضا في كتاب القضاء (ثم إن نكل عن العيين فيما دون النفس لزمه القصاص ، وإن نكل في النفس حبس حتى يحلف أو يقر ، وهذا) أى الحكم المذكور (عند أبي حنيفة ، وقالوا : لزمه الأرش فيهما) أى في النفس وفيما دونها (لأن النكول لإقرار فيه شبهة عندهما) لأنه إن امتنع عن العيين تورعا عن العيين الصادقة لا يكون إقرارا بل يكون بدلا ، كذا في الكافي (فلا يثبت به القصاص ويجب به المال خصوصا) أى خاصة (إذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه) أى من جهة من عليه القصاص ، وقيد امتناع القصاص لمعنى

وهذا بناء على أن النكول بدل من الإقرار فلا يعمل إلا في موضع يعمل فيه الإقرار . قال (ومن ادعى قصاصا على غيره فجحد الخ) ومن ادعى قصاصا على غيره فجحدته وليس للمدعى بينة يستحلف المدعى عليه بالإجماع سواء كانت الدعوى في النفس أو فيما دونها ، ثم إن نكل عن العيين لزمه فيما دون النفس القصاص ، وفي النفس يحبس حتى يقر أو يحلف عند أبي حنيفة ، وقالوا :

كما إذا أقر بالخطأ والولى يدعى العمد . ولأبي حنيفة رحمه الله أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال فيجوز فيها البذل ، بخلاف الأنفس فإنه لو قال اقطع يدى فقطعها لا يجب الضمان ، وهذا إعمال للبذل إلا أنه لا يباح لعدم الفائدة ، وهذا البذل مفيد لاندفاع الخصومة به فصار كقطع اليد للأكلة وقيل السن للوجع ،

من جهة من عليه القصاص ، لأنه لو كان امتناعه من جهة من له القصاص لا يجب القصاص ولا المال أيضا ، كما إذا أقام مدعى القصاص رجلا وامرأتين أو الشهادة على الشهادة حيث لا يقضى بشيء ، لأن الحاجة قامت بالقصاص ولكن تعذر استيفاؤه فلا يجب شيء كذا في الشروح ، ونظير هذا ما أشار إليه المصنف بقوله (كما إذا أقر بالخطأ والولى يدعى العمد) فإنه يجب فيه المال وبالعكس لا يجب فيه شيء (ولأبي حنيفة أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال) لأنها خلقت وقاية للنفس كالأموال (فيجوز فيها البذل) كما يجوز في الأموال (بخلاف الأنفس) حيث لا يجوز فيها البذل (فإنه لو قال : اقطع يدى) أى لو قال الآخر اقطع يدى (فقطعها لا يجب الضمان) أى على القاطع (وهذا) أى عدم وجوب الضمان (إعمال للبذل) في الأطراف ، وأما لو قال اقتلنى فقتله فإنه يجب عليه القصاص في رواية والدية في أخرى ، وهذا دليل على عدم جريان البذل في الأنفس . ولما استشعر أن يقال لو كانت الأطراف يسلك بها مسلك الأموال لكان ينبغي أن يباح قطع يده إذا قال اقطع يدى كما يباح أخذ ماله إذا قال خذ مالى ، أجاب عنه بقوله (إلا أنه لا يباح لعدم الفائدة) أى لا يباح القطع لعدم الفائدة فيه كما أن إتلاف المال لا يباح عند عدم الفائدة بأن قال ألقى مالى في البحر أو أحرقة بالنار (وهذا البذل) أى الذى بالنكول (مفيد لاندفاع الخصومة به فصار كقطع اليد للأكلة وقطع السن للوجع) قال صاحب العناية : وفيه بحث من وجهين : أحدهما أنه مناقض لما قال في السرقة إن القطع

لزمه الأرش فيهما لأن النكول إقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت به القصاص ، ويجب به المال إذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه خاصة ، كما إذا أقر بالخطأ والولى يدعى العمد ، وفيما نحن فيه كذلك لأنه لم يصرح بالإقرار فأشبه الخطأ ، وأما إذا كان الامتناع من جانب من له كما إذا أقام مدعى القصاص رجلا وامرأتين أو الشهادة على الشهادة فإنه لا يقضى بشيء لأن الحاجة قامت بالقصاص لكن تعذر استيفاؤه ولم يشبه الخطأ فلا يجب شيء ، ولا تفاوت في هذا المعنى بين النفس ومادونها . فإن قيل : من أين وقع الفرق بين هذا والسرقة حيث يثبت المال فيها بعد انتفاء القطع بشهادة رجل وامرأتين كما يجب بالنكول وهاهنا يثبت بالنكول دون الشهادة ؟ أجيب بأن المال ثمة أصل ويتعدى إلى القطع ، وإذا قصر لم يتعد فبقى الأصل ، وهاهنا الأصل المشهود به هو القصاص ، ثم يتعدى إلى المال إذا وجد شرطه وهو أن يكون مشروعا بطريق المنة للخصمين للقاتل بسلامة نفسه والمقتول بصيانة دمه عن الهدر ولم يوجد في صورة الشهادة لعدم شبهها بالخطأ . ولأبي حنيفة أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال لأنها خلقت وقاية للنفس كالأموال فيجوز فيها البذل ، ألا ترى أنه لو قال اقطع يدى فقطعها لا يجب الضمان ، وليس ذلك إلا من حيث إعمال البذل ، بخلاف الأنفس حيث لا يجوز فيها البذل ، فإنه لو قال اقتلنى فقتله يؤخذ بالقصاص في رواية وبالدية في أخرى . فإن قيل : لو كانت الأطراف يسلك بها مسلك الأموال لحاز قطع يده من غير إثم إذا قال اقطع يدى ،

(قوله إذا كان امتناع القصاص لمعنى) أقول : أى امتنع القصاص لذلك المعنى (قوله وفيما نحن فيه كذلك) أقول : أى الامتناع من جهة من عليه (قوله لأنه لم يصرح بالإقرار) أقول : بل أتى بما فيه شبهة البدلية أو شبهة الإنكار وهو النكول (قوله فأشبه الخطأ) أقول : في كون الامتناع لمعنى من جهة من عليه (قوله فإن قيل ، أى قوله : حيث يثبت المال فيها) أقول : أى في السرقة (قوله أجيب بأن المال الخ) أقول : مأخوذ من النهاية (قوله وإذا قصر لم يتعد الخ) أقول : أى إذا ثبت قصور قى ثبوت المال بأن كان بحجة فيها شبهة . ثم أقول : لا يذهب عليك ما في هذا التقرير من التصور (قوله وهو أن يكون مشروعا الخ) أقول : لعل المراد أن يكون شبهها بقتل يكون المال مشروعا فيه بطريق المنة له ، كما يلوح إليه قوله لعدم شبهها بالخطأ (قوله لعدم شبهها بالخطأ) أقول : فإنه ما جاء تعذر القصاص من قبل القاتل . ثم اعلم أن المصنف في قوله شبهها راجع إلى صورة في قوله ولم يوجد في صورة الشهادة (قوله فقطعها لا يجب الضمان) أقول : ولكن يأتى فيه (قوله لحاز قطع يده من غير إثم) أقول : الأولى أن يقال لحاز بدل يده من غير إثم

وإذا امتنع القصاص في النفس واليمين حق مستحق يحبس به كما في القسامة . قال (وإذا قال المدعى لي بينة حاضرة قبل ،

لا يثبت بالنكول . والثاني أن الخصومة تندفع بالأرش وهو أهون ، فالمصير إليه أولى . وأجيب عن الأول بأن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال في حقوق العباد لأنهم المحتاجون إليها فتثبت بالشبهات كالأموال ، والقطع في السرقة خالص حق الله تعالى وهو لا يثبت بالشبهات . وعن الثاني بأن دفع الخصومة بالأرش إنما يصار إليه بعد تعذر ماهو الأصل وهو القصاص ولم يتعذر فلا يعدل عنه انتهى . واعترض بعض الفضلاء على قوله في جواب البحث الأول والقطع في السرقة خالص حق الله تعالى ، وهو لا يثبت بالشبهات بعد أن يبين المراد حيث قال : يعني أن في كون النكول بذلا شبهة لكن فيه بحث ، فإنه لو صرح بالبذل في حقوق الله تعالى لا يثبت القطع أيضا ، فالأولى طرح الشبهة من البين والاكتفاء بعدم تأني البذل فيه انتهى . أقول : مدار بحثه على أن يكون المراد ما بينه ، وذلك ممنوع إذ يجوز أن يكون المراد أن في كون الأطراف مما يسلك به مسلك الأموال شبهة لاحتمال كونها في حكم الأنفس كما ذهب إليه الشافعي رحمه الله وبني عليه تجويزه القصاص بين الرجل والمرأة وبين الحر والعبد وبين العبد بين فيها دون النفس على ما يأتي في كتاب الجنائيات ، فع هذه الشبهة لا يتأني البذل في قطع الأطراف في حقوق الله تعالى ، بخلاف حقوق العبد فيتم الجواب . ثم إن في ذكر هذه الشبهة إيعاء إلى سبب عدم تأني البذل فيه في حقوق الله تعالى فكان ذكرها أولى من طرحها والاكتفاء بعدم تأني البذل فيه كما لا يخفى (وإذا امتنع القصاص في النفس) أي بالنكول لعدم جريان البذل فيها كما مر (واليمين حق مستحق) أي والحال أن اليمين حق مستحق (يحبس به) أي يحبس الناكول بذلك الحق (كما في القسامة) فلأنهم إذا نكلوا عن اليمين يحبسون حتى يقرّوا أو يخلفوا (قال) أي القدروري في مختصره (وإذا قال المدعى لي بينة حاضرة قبل

كما يباح له أخذ ماله إذا قال خذ مالي . أجب بقوله إلا أنه لا يباح لعدم الفائدة ، حتى لو كان القطع مفيدا كالقطع للأكلة وقلع السن للوجع لم يأثم بفعله ، وما نحن فيه من البذل : أي الذي بالنكول مفيد لاندفاع الخصومة به فيكون مباحا ، وفيه بحث من وجهين :- أحدهما أنه مناقض لما قال في السرقة إن القطع لا يثبت بالنكول . والثاني أن الخصومة تندفع بالأرش وهو أهون فالمصير إليه أولى . وأجيب عن الأول بأن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال في حقوق العباد ، لأنهم المحتاجون إليها ، فتثبت بالشبهات كالأموال ، والقطع في السرقة خالص حق الله وهو لا يثبت بالشبهات . وعن الثاني بأن دفع الخصومة بالأرش إنما يصار إليه بعد تعذر ماهو الأصل وهو القصاص ولم يتعذر فلا يعدل عنه ، فظهر مما ذكرنا أن البذل في الأطراف جائز فيثبت القطع به وفي الأنفس ليس بجائز فيمتنع القصاص ، وإذا امتنع واليمين حق مستحق عليه يحبس به فيها كما في القسامة فلأنهم إذا نكلوا عن اليمين يحبسون حتى يقرّوا أو يخلفوا . قال (وإذا قال المدعى لي بينة حاضرة الخ) وإذا قال المدعى لي بينة حاضرة في المصر

وليس كذلك ، فيرتبط الجواب بالسؤال ، فإن ضمير لا يباح عائد إلى البذل على ما يقتضيه كلام المصنف . وأيضا فالقطع يقطع الخصومة إذا لم يكن المسمى محققا ليس محتاج . وأما قوله كالقطع للأكلة فأمره من فائه من قبيل إسناد الفعل إلى السبب الأمر وهو البذل والتشبيه في مجرد الإباحة (قوله لأنهم المحتاجون إليها) أقول : يعني إلى الأطراف (قوله فيثبت بالشبهات الخ) أقول : يعني فيثبت القطع بالشبهات ، لكن بقاها من بحث ، إذ يلزم حينئذ أن يثبت بشهادة رجل وامرأتين مثلا وليس فليس ، بل الأصوب أن يقال : إن الأطراف لكونها بمنزلة الأموال يصح فيها البذل إذا كانت هي المدعى والمدعى في السرقة هو المال لا القطع لكون القطع حق الله تعالى فلا يستحلف فيه حتى يبدل يده لاندفاع الخصومة ، فإن مناط التخريج في هذه المسائل على مذهب أبي حنيفة جريان البذل لفائدة وعدمه لا ثبوت الشبهة وعدمه فليتأمل . ويمكن أن يجاب عن أصل البحث وهو قولنا فيلزم أن يثبت بشهادة رجل وامرأتين بأن يقال : إن القياس كان أن يقبل وعدم القبول لحديث فزهرى وقد مر في أول الشهادة ، ثم أقول : يمكن البحث في بعض مقدمات الجواب الأول وهو قولنا لا ثبوت الشبهة وعدمها (قوله والقطع في السرقة خالص حق الله تعالى وهو لا يثبت بالشبهات) أقول : يعني أن في كون النكول بذلا شبهة لكن فيه بحث فإنه لو صرح بالبذل في حقوق الله تعالى لا يثبت القطع أيضا ، فالأولى طرح الشبهة من البين والاكتفاء بعدم تأني البذل فيه (قال المصنف : وإذا قال المدعى لي بينة حاضرة)

لخصمه أعطه كفيلا بنفسك ثلاثة أيام) كى لا يغيب نفسه فيضيع حقه والكفالة بالنفس جائزة عندنا وقد مر من قبل ، وأخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسان عندنا لأن فيه نظرا للمدعى وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه وهذا لأن الحضور مستحق عليه بمجرد الدعوى حتى يعدى عليه ويحال بينه وبين أشغاله فصح التكفيل بإحضاره والتقدير بثلاثة أيام مروى عن أبي حنيفة رحمه الله ، وهو الصحيح ، ولا فرق في الظاهر بين الخامل والوجيه

لخصمه أعطه كفيلا بنفسك ثلاثة أيام كى لا يغيب نفسه) أى كى لا يغيب خصمه نفسه (فيضيع حقه) أى حق المدعى ، ويجب أن يكون الكفيل ثقة معروف الدار حتى تحصل فائدة التكفيل وهى الاستيثاق ، كذا فى الكافى وغيره (والكفالة بالنفس جائزة عندنا) خلافا للشافعى (وقد مر من قبل) أى وقد مر جواز الكفالة بالنفس من قبل : أى فى أول كتاب الكفالة (وأخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسان عندنا) اعلم أن أخذ الكفيل مما اختلف فيه السلف ، روى عن قتادة والشعبي أنه لا يجوز . وروى عن إبراهيم النخعى أنه يجوز ، وهذا هو الاستحسان أخذ به علماؤنا ، والقياس أن لا يجوز . وجه القياس أن مجرد الدعوى ليس بسبب للاستحقاق كيف وقد عارضه المدعى عليه بالإنكار فلا يجب عليه إعطاء الكفيل . وجه الاستحسان ما ذكره بقوله (لأن فيه) أى فى أخذ الكفيل (نظرا للمدعى) إذ لا يغيب حينئذ خصمه فيتمكن من إقامة البينة عليه (وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه ، وهذا لأن الحضور مستحق عليه) أى على المدعى عليه (بمجرد الدعوى حتى يعدى عليه) من الإعداء على لفظ المجهول . يقال استعدى فلان الأمير على من ظلمه : أى استعان به فأعداه الأمير عليه : أى أعانته الأمير عليه ونصره ، ومنه قول الشاعر :

ونستعدى الأمير إذا ظلمنا ومن يعدى إذا ظلم الأمير

كذا فى النهاية وغيرها (ويحال بينه وبين أشغاله) من الحيلولة على لفظ المجهول أيضا (فيصح التكفيل بإحضاره) بمجرد الدعوى (والتقدير بثلاثة أيام مروى عن أبي حنيفة وهو الصحيح) احترازا عما روى عن أبي يوسف أنه يؤخذ الكفيل إلى المجلس الثانى (ولا فرق فى الظاهر) أى فى ظاهر الرواية (بين الخامل والوجيه) يقال حمل الرجل خولا : إذا كان ساقط

فإما أن يكون المدعى عليه مقيا أو مسافرا ، فإن كان مقيا قيل له أعطه كفيلا عن نفسك ثلاثة أيام ، فإن فعل وإلا أمر بملازمته . أما جواز الكفالة بالنفس عندنا فقد تقدم . وأما جواز التكفيل فهو استحسان ، والقياس بأباه قبل إقامة الحجة . وجه ذلك أن الحضور بمجرد الدعوى مستحق عليه حتى لو امتنع عنه يعدى عليه ويحال بينه وبين أشغاله فيصح التكفيل بإحضاره نظرا للمدعى وضرر المدعى عليه به يسير فيتحمل كالأعداء والحيلولة بينه وبين أشغاله . وأما التقدير بثلاثة أيام فروى عن أبي حنيفة من غير فرق بين الوجيه والخامل والخطير من المسال والحقير منه هو الصحيح . وروى عن محمد أنه قال : إذا كان معروفا والظاهر أنه لا يحنى شخصه بذلك القدر لا يجبر على ذلك ، وإن سمحت نفسه بذلك يؤخذ ، وكذا إذا كان المدعى به فقيرا لا يحنى المرء نفسه بذلك لا يجبر عليه ، وأما الأمر بالملازمة فلهذا يضيع حقه ، فإن قال المدعى لا بينة لى أو شهودى غيب لا يكفل لعدم الفائدة ، لأن الفائدة هو الحضور عند حضور الشهود وذلك فى المالك محال ، والغائب كالمالك من وجه ، إذ ليس كل غائب يثوب ، وإن كان مسافرا فالكفالة والملازمة يقدران بتقدير مجلس القاضى ، إذ ليس فيه كبير ضرر ، وفى الزيادة على ذلك زيادة ضرر لمنعه عن السفر ،

أقول : ليست المسئلة من باب اليقين فذكرها هاهنا استطرادى (قوله وجه ذلك) أقول : يعنى وجه الاستحسان (قوله هو الصحيح) أقول : فيه بحث فإن المحكوم عليه بالصحة فى الكتاب هو التقدير بثلاثة أيام احترازا عما روى عن أبي يوسف ، فالشرح لا يطابق المشرح ، وجوابه أظهر من أن يكتب .

والحقير من المال والخطير ، ثم لا بد من قوله لى بينة حاضرة للتكفيل ومعناه فى المصر ، حتى لو قال المدعى لا بينة لى أو شهودى غيب لا يكفل لعدم الفائدة . قال (فإن فعل وإلا أمر بملازمته) كى لا يذهب حقه (إلا أن يكون غريبا فيلازم مقدار مجلس القاضى) وكذا لا يكفل إلا لى آخر المجلس ، فالاستثناء منصرف إليهما لأن فى أخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك إضرارا به بمنعه عن السفر ولا ضرر فى هذا المقدار ظاهرا ، وكيفية الملازمة نذكرها فى كتاب الحجر إن شاء الله تعالى .

القدر (والحقير من المال والخطير) أى وبين الحقير من المال والخطير : أى الشريف . وعن محمد أنه إذا كان معروفا أو الظاهر من حاله أنه لا يفتى نفسه بذلك القدر لا يجبر على إعطاء الكفيل ، وكذا لو كان المدعى حقيرا لا يفتى المرء نفسه بذلك القدر لا يجبر على إعطاء الكفيل (ثم لا بد من قوله لى بينة حاضرة للتكفيل ومعناه فى المصر) أى معنى قوله حاضرة حاضرة فى المصر (حتى لو قال المدعى لا بينة لى أو شهودى غيب) بفتحيتين مخففة الياء أو بضم الغين مشددة الياء (لا يكفل) أى لا يكفل خصمه (لعدم الفائدة) لأن الفائدة هى الحضور عند حضور الشهود وذلك فى الهالك محال ، والغائب كالهالك من وجه ، إذ ليس كل غائب يثوب (قال) أى القدورى فى مختصره (فإن فعل) أى فإن أعطى خصمه الكفيل فيها (وإلا) أى وإن لم يعط (أمر بملازمته) أى أمر المدعى بملازمة خصمه (كى لا يذهب حقه) أى حق المدعى (إلا أن يكون غريبا) أى إلا أن يكون المدعى عليه غريبا (على الطريق) أى مسافرا (فيلازم) أى فيلازم المدعى المدعى عليه (مقدار مجلس القاضى) ، وكذا لا يكفل إلا لى آخر المجلس (أى وكذا لا يكفل المدعى عليه إذا كان مسافرا إلا لى آخر مجلس القاضى) فالاستثناء منصرف إليهما أى الاستثناء المذكور فى مختصر القدورى بقوله إلا أن يكون غريبا منصرف إلى التكفيل والملازمة جميعا (لأن فى أخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك) أى على مقدار مجلس القاضى (إضرارا به) أى بالمدعى عليه (بمنعه عن السفر ، ولا ضرر فى هذا المقدار) أى فى مقدار مجلس القاضى (ظاهرا) أى من حيث الظاهر لأن بهذا القدر لا يقطع عن الرفقة ، فإذا جاء أو أن قيام القاضى عن مجلسه ولم يحضر المدعى بينته فإن القاضى يحلف المدعى عليه ويخلى سبيله ليذهب حيث شاء ، فإن اختلف الطالب والمطلوب فقال المطلوب أنا مسافر وقال الطالب إنه لا يريد السفر تكلموا فيه بأقوال . قال بعضهم : القول قول المدعى لأنه متمسك بالأصل فإن الأصل هو الإقامة والسفر عارض فيكون القول قول من تمسك بالأصل . وقال بعضهم : القاضى يسأله مع من يريد السفر ؟ فإن أخبره مع فلان والقاضى يبعث إلى الرفقة أمينا من أمنائه يسأل إن فلانا هل استعد للخروج معكم ، فإن أراد السفر لا بد أن يكون مستعدا لذلك ، قال الله تعالى - ولو أروا أدوا الخروج لأعدوا له عدة - فإن قالوا نعم قد استعد لذلك انضم قولهم إلى قوله فيقبل ذلك منه فيمهلهم إلى آخر المجلس ، فإن أحضر المدعى بينته فى هذه المدة وإلا خلى سبيل المطلوب ، وإن لم يعلموا من حاله فنحن نعلم أنه يبقى ثلاثة أيام لأجل الاستعداد فقلنا بأنه يجبر على إعطاء الكفيل ثلاثة أيام ، وكذا فى غاية البيان . قال المصنف (وكيفية الملازمة نذكرها فى كتاب الحجر إن شاء الله تعالى) والذى يذكره المصنف هناك هو أنه يدور معه أينما دار ولا يجلسه فى موضع لأنه حبس ، ولو دخل داره لا يتبعه بل يجلس على باب داره إلى أن يخرج ، لأن الإنسان لا بد أن يكون له موضع خلوة انتهى . وقال فى الفتاوى الصغرى : وتفسير الملازمة أن يدور معه حيث دار ويبعث أمينا حتى يدور معه أينما دار ، لكن لا يجلسه فى موضع لأن ذلك حبس وهو غير مستحق عليه بنفس الدعوى ولا يشغله عن التصرف بل هو يتصرف والمدعى يدور معه ، وإذا انتهى المطلوب إلى داره فإن الطالب لا يمنعه من الدخول على أهله ، بل يدخل المطلوب على أهله والطالب الملائم يجلس على باب داره . ثم قال : رأيت فى الزيادات فى الباب الجامس والأربعين أن المطلوب إذا أراد أن يدخل بيته فلما أن يأذن المدعى بالدخول معه أو يجلس معه على باب الدار لأنه لو تركه حتى يدخل الدار وحده فربما يهرب من جانب آخر فيفوت ما هو المقصود من الملازمة انتهى .

وكيفية الملازمة سنذكر فى كتاب الحجر إن شاء الله تعالى .

(فصل في كيفية اليمين والاستحلاف)

قال (واليمين بالله عز وجل دون غيره) لقوله عليه الصلاة والسلام « من كان منكم حالفا فليحلف بالله أو ليذر » وقال عليه الصلاة والسلام « من حلف بغير الله فقد أشرك » (وقد تؤكد بذكر أوصافه) وهو التغليظ ، وذلك مثل قوله : قل والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم ، الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية ، ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه وهو كذا وكذا ولا شيء منه . وله أن يزيد في التغليظ على هذا وله أن ينقص منه ، إلا أنه يحتاج فيه كي لا يتكرر عليه اليمين ،

(فصل في كيفية اليمين والاستحلاف)

لما ذكر نفس اليمين أى في أى موضع يحلف ذكر في هذا الفصل صفاتها لأن كيفية الشيء وهى ما يقع به المشابهة واللامشابهة صفته والصفة تقتضى سبق الموصوف (قال) أى القدورى في مختصره (واليمين بالله دون غيره لقوله عليه الصلاة والسلام « من كان منكم حالفا فليحلف بالله أو ليذر ») أقول : هاهنا كلام وهو أنه قال في كتاب الأيمان : اليمين بالله أو باسم آخر من أسماء الله كالرحمن والرحيم أو بصفة من صفاته التى يحلف بها عرفا كعزة الله وجلاله وكبريائه ، وهذا صريح في أن اليمين كما تكون بالله تعالى تكون أيضا بصفاته التى يحلف بها في المتعارف ، والحصر المستفاد من قوله هاهنا واليمين بالله تعالى دون غيره يقتضى اختصاص اليمين بالله تعالى . وأيضا قال هناك : وإن قال إن فعلت هذا فهو يهودى أو نصرانى أو كافر يكون يمينا ، والحصر المستفاد هاهنا ينافيه أيضا . ويمكن أن يجاب عن الأول بأنه قد اشتهر من مذهب أهل السنة أن صفات الله تعالى ليست عين الذات ولا غيرها ، فعلى هذا لا ينافى قوله دون غيره صحة اليمين بصفاته المذكورة ولا ينافيها أيضا اختصاص اليمين بالله تعالى بمعنى لا بغيره كما يفيد قوله دون غيره . وعن الثانى بأن اليمين فى الصورة المذكورة وإن لم تكن بالله تعالى فى ظاهر الحال إلا أنها كانت به فى المآل فتأمل . وفى المبسوط : إن الحرّ والمملوك والرجل والمرأة والفاسق والصالح والكافر والمسلم فى اليمين سواء ، لأن المقصود هو القضاء بالنكول ، وهؤلاء فى اعتقاد الحرمة فى اليمين الكاذبة سواء ، كذا فى النهاية ومعراج الدراية (وقد تؤكد) أى اليمين (بذكر أو صافه) أى بذكر أو صاف الله تعالى ، هذا لفظ القدورى فى مختصره . قال المصنف (وهو التغليظ ، وذلك مثل قوله قل : والله الذى لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذى يعلم من السر والخفاء ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذى ادعاه ، وهو كذا وكذا ولا شيء منه ، وله) أى والقاضى (أن يزيد فى التغليظ على هذا) أى على المذكور (وله أن ينقص منه) أى من المذكور لأن المقصود من الاستحلاف النكول ، وأحوال الناس فيه مختلفة ، منهم من يمتنع إذا غلط عليه اليمين ويتجاسر إذا حلف بالله فقط ، ثم منهم من يمتنع بأذى تغليظ ، ومنهم من لا يمتنع إلا بزيادة تغليظ ، فللقاضى أن يراعى أحوال الناس . والأصل فيه حديث أبى هريرة رضى الله عنه « فى الذى حلف بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : والله الذى لا إله إلا هو الرحمن الرحيم الذى أنزل عليك الكتاب » ولم ينكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم (إلا أنه يحتاج كي لا يتكرر عليه اليمين) والمراد بالاحتياط أن يذكر بغير واو ، إذ لو ذكر :

(فصل في كيفية اليمين والاستحلاف)

لما فرغ من ذكر نفس اليمين والمواضع الواجبة هى فيها ذكر صفاتها ، لأن كيفية الشيء وهو ما تقع به المشابهة واللامشابهة صفته ، واليمين بالله دون غيره لقوله صلى الله عليه وسلم « من كان منكم حالفا فليحلف بالله أو ليأمر » وكلامه فيه ظاهر

(فصل في كيفية اليمين والاستحلاف)

(قال المصنف : واليمين بالله) أقول : قوله واليمين مبتدأ ، وقوله بالله خبره .

لأن المستحق يمين واحدة ، والقاضي بالخيار إن شاء غلظ ، وإن شاء لم يغلظ فيقول : قل بالله أو والله ، وقيل لا يغلظ على المعروف بالصلاح ويغلظ على غيره ، وقيل يغلظ في الخطير من المال دون الحقير . قال (ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعناق) لما رويناه ، وقيل في زماننا إذا ألح الخصم ساغ للقاضي أن يحلف بذلك لقلة المبالاة باليمين بالله وكثرة الامتناع بسبب الحلف بالطلاق .

والله والرحمن والرحيم بالووات صارت ثلاثة أيمان ، وتكرار اليمين غير مشروع ، كذا في النهاية نقلا عن المبسوط (لأن المستحق عليه يمين واحدة والقاضي بالخيار ، إن شاء غلظ) فلا يزداد عليها (وإن شاء) القاضي (لم يغلظ فيقول قل بالله أو والله) لما مر أن المقصود من اليمين النكول وأحوال الناس فيه شتى : فمنهم من يمتنع بدون التغليظ فلا يحتاج إليه فالرأى فيه إلى القاضي (وقيل لا يغلظ على المعروف بالصلاح) إذ الظاهر منه أن يمتنع بدون التغليظ (ويغلظ على غيره) لكون أمره على خلاف الأول (وقيل يغلظ في الخطير من المال دون الحقير) لمثل ما قلنا في القيل الأول (قال) أى القدورى في مختصره (ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعناق لما رويناه) وهو قوله عليه الصلاة والسلام « من كان حالفا فليحلف بالله أو ليذر » (وقيل في زماننا إذا ألح الخصم ساغ للقاضي أن يحلف بذلك) أى بالطلاق أو بالعناق (لقلة المبالاة باليمين بالله وكثرة الامتناع بسبب الحلف بالطلاق) أقول : يرد عليه أن هذا تعليل في مقابلة النص وهو قوله عليه الصلاة والسلام « من كان حالفا فليحلف بالله أو ليذر » فلا يصح على ما عرف في موضعه . وفي فتاوى قاضيه خان : وإن أراد المدعى تحليفه بالطلاق والعناق في ظاهر الرواية لا يجيبه القاضي إلى ذلك لأن التحليف بالطلاق والعناق ونحو ذلك حرام . وبعضهم جوزوا ذلك في زماننا ، والصحيح ظاهر الرواية انتهى . وفي الذخيرة : التحليف بالطلاق والعناق والأيمان المغلظة لم يجوزها أكثر مشايخنا وأجازها البعض ، فيفتى بأنه يجوز إن مسته الضرورة ، وإذا بالغ المستفتى في الفتوى يفتى بأن الرأى إلى القاضي انتهى . وفي فصول الاستروشى : ولو حلف القاضي بالطلاق فنكل لا يقضى عليه بالنكول لأنه نكل عما هو منهى عنه شرعا انتهى . وفي الخلاصة : التحليف بالطلاق والعناق والأيمان المغلظة لا يجوزها أكثر مشايخنا فإن مست الضرورة يفتى بأن الرأى إلى القاضي ، فلو حلف القاضي بالطلاق فنكل وقضى بالمال لا ينفذ قضاؤه انتهى . أقول : قد تلخص من هذه المذكورات كلها أن للقاضي أن يحلف بالطلاق والعناق عند إلحاح الخصم ، وأن يفتى بجواز ذلك إن مسته الضرورة ، ولكن ليس له أن يقضى بالنكول عنه ، وإن قضى به لا ينفذ قضاؤه وعن هذا قال صاحب العناية : ولكنهم قالوا : إن نكل عن اليمين به لا يقضى عليه بالنكول لأنه نكل عما هو منهى عنه شرعا ، ولو قضى به لا ينفذ قضاؤه انتهى . لكن فيه إشكال لأن فائدة التحليف القضاء بالنكول ، فإذا لم يجوز القضاء بالنكول عما ذكر فكيف يجوز التحليف به ، ألا يرى إلى ما مر في بيان دليل أبي حنيفة على عدم جواز الاستحلاف في الأشياء العديدة عنده من أن النكول بذل والبذل لا يجرى في هذه الأشياء ، وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول فلا يستحلف فيها حيث جعلوا عدم

(قوله ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعناق) هو ظاهر الرواية ، وجوز ذلك بعضهم في زماننا لقلة مبالاة المدعى عليه باليمين بالله ، لكنهم قالوا : إن نكل عن اليمين لا يقضى عليه بالنكول لأنه نكل عما هو منهى عنه شرعا ، ولو قضى به لم ينفذ قضاؤه . وابن سوريا بالقصر اسم أعجمي « روى أنه عليه الصلاة والسلام رأى قوما مروا برجل وامرأة يخم وجههما فسأل عن حالهما فقالوا : إنهما زنيا : فأمر بإحضار ابن سوريا وهو جبرهم فقال : : أنشدك بالله : أى أحلفك بالله الذى أنزل التوراة على

(قوله لا يقضى عليه بالنكول) أقول : هل ظاهر الرواية وهو الصحيح (قوله لأنه نكل عما هو منهى عنه شرعا) أقول : فكيف سوغ للقاضي تكليف الإتيان بما هو منهى عنه شرعا ، ولعل ذلك البعض يقول النهى تنزيهى .

قال (ويستحلف اليهودى بالله الذى أنزل التوراة على موسى عليه السلام ، والنصرانى بالله الذى أنزل الإنجيل على عيسى عليه السلام) لقوله عليه الصلاة والسلام لابن صوريا الأعور « أنشدك بالله الذى أنزل التوراة على موسى أن حكم الزنا فى كتابكم هذا » ولأن اليهودى يعتقد نبوة موسى والنصرانى نبوة عيسى عليهما السلام فيغلف على كل واحد منهما بذكر المنزل على نبيه (و) يستحلف (المجوسى بالله الذى خلق النار) وهكذا ذكر محمد رحمه الله فى الأصل . ويروى عن أبى حنيفة رحمه الله فى النوادر أنه لا يستحلف أحدا إلا بالله خالصا . وذكر الحصاف رحمه الله أنه لا يستحلف غير اليهودى والنصرانى إلا بالله ، وهو اختيار بعض مشايخنا لأن فى ذكر النار مع اسم الله تعالى تعظيمها وما ينبغى أن تعظم ، بخلاف الكتابين لأن كتب الله معظمة (والوثنى لا يحلف إلا بالله) لأن الكفرة بأسرهم يعتقدون الله تعالى ، قال الله تعالى - ولئن سألتهم من خلق السموات والأرض ليقولن الله - قال (ولا يحلفون فى بيوت عبادتهم) لأن القاضى لا يحضرها

ترتب فائدة الاستحلاف وهو القضاء بالنكول علة لعدم جواز الاستحلاف فى الأشياء المذكورة عنده فتأمل (قال) أى القدورى فى مختصره (ويستحلف اليهودى بالله الذى أنزل التوراة على موسى ، والنصرانى بالله الذى أنزل الإنجيل على عيسى لقوله) أى لقول نبينا (صلى الله عليه وسلم لابن صوريا الأعور) وفى المغرب : ابن صوريا بالقصر اسم أعجمى (أنشدك بالله الذى أنزل التوراة على موسى أن حكم الزنا فى كتابكم هذا) أى التحميم ، هذا الحديث أخرجه مسلم فى الحدود مسندا إلى البراء ابن عازب رضى الله عنه قال « مرّ النبي عليه الصلاة والسلام بيهودى محمم ، فدعاهم فقال : هكذا تجدون حد الزنا فى كتابكم ؟ قالوا نعم ، فدعا رجلا فقال : نشدتك الله الذى أنزل التوراة على موسى عليه السلام هكذا تجدون حد الزنا فى كتابكم ؟ قال : اللهم لا ، فلو لا أنك نشدتنى بهذا لم أخبرك ، حد الزنا فى كتابنا الرجم ، ولكنه كثر فى أشرافنا فكننا إذا أخذنا الرجل الشريف تركناه وإذا أخذنا الضعيف أقمنا عليه الحد فقلنا : تعالوا فنجتمع على شىء نقيم على الشريف والوضيع ، فاجتمعنا على التحميم والحد وتركنا الرجم ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اللهم إني أول من أحيا أمرك إذ أماتوه ، فأمر به فرجم » وقال شراحه : وهذا الرجل هو عبد الله بن صوريا ، وقد صرح باسمه فى سنن أبى داود عن سعيد عن قتادة عن عكرمة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال له : يعنى لابن صوريا ، الحديث . وهذا مرسل (ولأن اليهودى يعتقد نبوة موسى والنصرانى نبوة عيسى) أى يعتقد نبوة عيسى عليه السلام (فيغلف على كل واحد منهما بذكر المنزل على نبيه) ليكون رادعا له عن الإقدام على اليمين الكاذبة (ويحلف المجوسى بالله الذى خلق النار ، هكذا ذكر محمد فى الأصل) وذلك لأن المجوسى يعتقد الحرمة فى النار فيمتنع عن اليمين الكاذبة فيحصل المقصود (ويروى عن أبى حنيفة أنه لا يستحلف أحد إلا بالله خالصا) تفاديا عن تشريك الغير معه فى التعظيم (وذكر الحصاف أنه لا يستحلف غير اليهودى والنصرانى إلا بالله وهو اختيار بعض مشايخنا ، لأن فى ذكر النار مع اسم الله تعالى تعظيمها وما ينبغى أن تعظم) لأن النار كغيرها من المخلوقات ، فكما لا يستحلف المسلم بالله الذى خلق الشمس ، فكذلك لا يستحلف المجوسى بالله الذى خلق النار . وفى المبسوط : وكأنه وقع عند محمد أنهم يعظمون النار تعظيم العبادة ، فلمقصود النكول قال : تذكر النار فى اليمين انتهى (بخلاف الكتابين) أى التوراة والإنجيل (لأن كتب الله معظمة) فجاز أن تذكر مع اسم الله تعالى (والوثنى لا يحلف إلا بالله ، لأن الكفرة بأسرهم يعتقدون الله تعالى ، قال الله تعالى - ولئن سألتهم من خلق السموات والأرض ليقولن الله -) لا يقال : لو كانوا يعتقدون الله تعالى لم يعبدوا الأوثان . لأننا نقول : إنما يعبدونها تقربا إلى الله تعالى على زعمهم ، ألا يرى إلى قوله تعالى حكاية عنهم - مانعهم إلا ليقربوا إلى الله زلى - وإذا ثبت أنهم يعتقدون الله تعالى يمتنعون على الإقدام على اليمين الكاذبة بالله تعالى فتحصل الفائدة المطلوبة من اليمين وهى النكول (قال) أى القدورى فى مختصره (ولا يحلفون فى بيوت عبادتهم لأن القاضى لا يحضرها) أى لا يحضر بيوت عبادتهم للخرج

بموسى أن حكم الزنى فى كتابكم هذا ؟ ، وذلك دليل على جواز تحليف اليهودى بذلك

بل هو ممنوع عن ذلك . قال (ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان) لأن المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك ، وفي إيجاب ذلك حرج على القاضى حيث يكلف حضورها وهو مدفوع . قال (ومن ادعى أنه ابتاع من هذا عبده بألف فجحد استحلف بالله ما بينكما بيع قائم فيه ولا يستحلف بالله ما بيعت) لأنه قد يباع العين ثم يقال فيه (ويستحلف في الغصب بالله ما يستحق عليك رده ولا يحلف بالله ما غصبت) لأنه قد يغصب ثم يفسخ بالهبة والبيع (وفي النكاح بالله ما بينكما نكاح قائم في الحال)

(بل هو ممنوع عن ذلك) لأن فيه تعظيم ذلك المكان ، والحلف يقع بالله تعالى لا بالمكان ، ففي أى مكان حلفه جاز . وفي الأجتناس قال في المأخوذ للحسن : وإن سأل المدعى القاضى أن يبعث به إلى بيعة أو كنيسة فيحلفه هناك فلا بأس أن يفعله إذا أتهمه ، كذا في غاية البيان (قال) أى القدورى في مختصره (ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان لأن المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك) أى بدون تعيين الزمان والمكان (وفي إيجاب ذلك حرج على القاضى حيث يكلف حضورها) أى حضور الأزمان المعينة والأماكن المخصوصة (وهو مدفوع) أى الحرج مدفوع بالنص . وقال الشافعى : إذا كانت اليمين في قسامة أو في لعان أو في مال عظيم فإنها تختص بمكان ، وإن كان بمكة فيبين الركن والمقام ، وإن كان بالمدينة فعند قبر النبي عليه الصلاة والسلام ، وفي بيت المقدس عند الصخرة ، وفي سائر البلاد في الجوامع ، وكذلك يشترط يوم الجمعة وبعد العصر ، كذا في النهاية نقلا عن المبسوط وشرح الأقطع (قال) أى القدورى في مختصره (ومن ادعى أنه ابتاع من هذا عبده بألف فجحد استحلف بالله ما بينكما بيع قائم فيه ولا يستحلف بالله ما بيعت) يعنى يستحلف على الحاصل دون السبب . واعلم أن هذا نوع آخر من كيفية التيمين وهو اليمين على الحاصل أو السبب ، والضابط في ذلك أن السبب ، إما إن كان مما يرتفع برفع أولا ، فإن كان الثانى فالتحليف على السبب بالإجماع ، وإن كان الأول فإن تضرر المدعى بالتحليف على الحاصل فكذلك ، وإن لم يتضرر يحلف على الحاصل عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ، وعلى السبب عند أبي يوسف رحمه الله إلا إذا عرض المدعى عليه برفع السبب وسيظهر الكل من الكتاب . قال المصنف في تعليل المسئلة المذكورة (لأنه قد يباع العين ثم يقال فيه) من الإقالة : أى ثم تطرأ عليه الإقالة فلا يبقى البيع على حاله ، فلو استحلف المدعى عليه على السبب الذى هو البيع هاهنا لتضرر به فاستحلف على الحاصل دفعا للضرر عنه (ويستحلف في الغصب بالله ما يستحق عليك رده) أى رده المدعى (ولا يحلف بالله ما غصبت) هذا أيضا من قول القدورى في مختصره . قال المصنف في تعليله (لأنه قد يغصب) أى قد يغصب الشيء (ثم يفسخ) أى يفسخ الغصب (بالهبة والبيع) فلو حلف المدعى عليه على السبب الذى هو الغصب هاهنا لتضرر به فيحلف على الحاصل للرفع للضرر عنه (وفي النكاح بالله ما بينكما نكاح قائم في الحال) وهذا أيضا من قول القدورى . وقال صاحب النهاية وأكثر الشراح : هذا على قولهما لما أن الاستحلاف في النكاح قولهما . أقول : الأولى أن يقال هذا على قول محمد ، لأن الاستحلاف في النكاح مطلقا ، وإن كان يجرى على قولهما معا إلا أن الاستحلاف فيه على الوجه المذكور وهو الاستحلاف على الحاصل إنما يجرى على قول محمد فقط ، إذ الاستحلاف فيه على قول أبي يوسف إنما هو على السبب كما ينادى عليه قول المصنف فيما سأتى ، أما على قول أبي يوسف يحلف في جميع ذلك على السبب . نعم سيقول المصنف هناك أيضا إلا إذا عرض

(ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان ، لأن المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك وفي إيجابه حرج على القاضى بحضوره وهو مدفوع) وقال الشافعى : إذا كانت اليمين في قسامة أو لعان أو في مال عظيم إن كان بمكة فيبين الركن والمقام ، وإن كان بالمدينة فعند قبر النبي صلى الله عليه وسلم ، وفي بيت المقدس عند الصخرة ، وفي سائر البلاد في الجوامع ، وكذلك يشترط يوم الجمعة وبعد العصر ، وفيه ما مر من الحرج على الحاكم . قال (ومن ادعى أنه ابتاع من هذا عبده بألف فجحد الخ) هذا نوع آخر من كيفية

(قوله وفي إيجابه حرج على القاضى بحضوره) أقول : الباء للمبينة ، والفسير في قوله وفي إيجابه راجع إلى تغليظ اليمين .

لأنه قد يطرأ عليه الخلع (وفي دعوى الطلاق بالله ما هي بائن منك الساعة بما ذكرت ولا يستحلف بالله ما طلقها) لأن النكاح قد يجدد بعد الإبانة فيحلف على الحاصل في هذه الوجوه ، لأنه لو حلف على السبب يتضرر المدعى عليه ، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله . أما على قول أبي يوسف رحمه الله يحلف في جميع ذلك

بما ذكرنا فحينئذ يحلف على الحاصل ، لكن الكلام هنا في الاستحلاف على الحاصل مطلقاً أي سواء عرض أولم يعرض يدل عليه قطعاً بيان الخلاف فيه بقوله وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ، أما على قول أبي يوسف الخ إذ لا خلاف في صورة التعريض . قال المصنف في التعليل (لأنه قد يطرأ عليه الخلع) أي يطرأ على النكاح الخلع ، فلو حلف على السبب الذي هو أصل النكاح هاهنا لتضرر به فحلف على الحاصل لدفع الضرر عنه (وفي دعوى الطلاق بالله ما هي بائن منك الساعة بما ذكرت ولا يستحلف بالله ما طلقها) وهذا أيضاً من قول القدوري ، فكأنه زاد ذكر دعوى في هذه المسئلة التي هي أخرى المسائل المتناسبة المذكورة هاهنا إيماء إلى أنها معتبرة في المسائل السابقة أيضاً ، إلا أنها تركت فيها اعتماداً على انفهامها بمعونة المقام . قال المصنف في تعليل هذه المسئلة (لأن النكاح قد يجدد بعد الإبانة) وفرغ على جملة ما ذكره في تلك المسائل قوله (فيحلف على الحاصل في هذه الوجوه لأنه لو حلف على السبب لتضرر المدعى عليه) على ما مر تقريره (وهذا قول أبي حنيفة ومحمد) أي التحليف على الحاصل في الوجوه المذكورة قولهما . قال بعض العلماء : هاهنا كلام وهو أنه لا يحلف في النكاح عند أبي حنيفة فلا يكون التحليف فيه على الحاصل عنده كما لا ينبغي انتهى . أقول : هذا ظاهر ، ولكن الظاهر أيضاً أن يحمل كلام المصنف هذا على التغليب : أي تغليب حكم سائر الوجوه على حكم وجه النكاح اعتماداً على ظهور عدم جريان الاستحلاف في النكاح مما مر . ثم إن بعض الفضلاء قصد توجيه الكلام ودفع الاعتراض عن المقام حيث قال : أي التحليف على الحاصل قول أبي حنيفة ومحمد ، وليس معناه أن التحليف على الحاصل في جميع الأمور المذكورة قول أبي حنيفة حتى يعترض عليه بأنه مخالف لما سبق من أنه لا يحلف عنده في النكاح انتهى . أقول : لا ينبغي على ذي فطرة سليمة أن قول المصنف أعملى قول أبي يوسف يحلف في جميع ذلك على السبب بأني ما قاله هذا القائل ، إذ قد صرح المصنف هاهنا بلفظ الجمع تعيناً لكون الخلاف بين أبي يوسف وصاحبيه في جميع الوجوه المذكورة لاني كيفية التحليف في الجملة فتدبر (أما على قول أبي يوسف يحلف في جميع ذلك) أي في جميع ما ذكر

اليمين وهو الحلف على الحاصل أو السبب . والضابط في ذلك أن السبب ، إما أن كان مما يرتفع برافع أولاً ، فإن كان الثاني فالتحليف على السبب بالإجماع ، وإن كان الأول فإن تضرر المدعى بالتحليف على الحاصل فكذلك ، وإن لم يتضرر يحلف على الحاصل عند أبي حنيفة ومحمد ، وعلى السبب عند أبي يوسف إلا إذا عرض المدعى عليه برفع السبب مثل أن يقول عند قول القاضي أحلف بالله ما بعث أيها القاضي أن الإنسان قد يبيع شيئاً ثم يقال فيه فيحينئذ يلزم القاضي الاستحلاف على الحاصل ، هذا هو الظاهر . ونقل عن شمس الأئمة الحلواني ما عبر عنه بقوله وقيل ينظر في إنكار المدعى عليه ، فإن أنكر السبب يحلف عليه وإن أنكر الحكم يحلف على الحاصل ، فعلى الظاهر إذا ادعى العبد المسلم العتق على مولاه وجحد المولى يحلف على السبب لعدم تكرره لأنه إنما يكون بتقدير وقوع الاستيلاء عليه بعد الارتداد ، وهو بالنسبة إلى المسلم ليس بمتصور لأنه يقتل بالارتداد ، بخلاف العبد الكافر والأمة مطلقاً ، فإن الرق يتكرر عليه بنقض العهد والحقاق وعليها بالردة والحقاق ،

(قوله فإن كان الثاني فالتحليف على السبب بالإجماع) أقول : أي على ظاهر الرواية (قوله أيها القاضي) أقول : مقول يقول (قوله هذا هو الظاهر) أقول : أي ظاهر الرواية (قوله يحلف على السبب لعدم تكرره) أقول : وإن أنكر الحكم (قوله والأمة مطلقاً) أقول : أي كافرة أو مسلمة (قوله وعليها بالردة والحقاق) أقول : إذا تكرر على المسلمة فعل الكافرة أولاً ، فلا يرد أن هذا التعليل لا يناسب قوله مطلقاً (قال المصنف : وهذا قول أبي حنيفة ومحمد الخ) أقول : أي التحليف على الحاصل ، وليس معناه أن التحليف على الحاصل في جميع الأمور المذكورة قول أبي حنيفة حتى يعترض عليه بأنه مخالف لما سبق من أنه لا يحلف في النكاح عنده ، ولو سلم فيجوز أن يكون بناء على قولهما كما في المزارعة فليتأمل .

على السبب إلا إذا عرّض بما ذكرنا فحينئذ يحلف على الحاصل . وقيل ينظر إلى إنكار المدعى عليه إن أنكر السبب يحلف عليه ، وإن أنكر الحكم يحلف على الحاصل . فالحاصل هو الأصل عندهما إذا كان سببا يرتفع إلا إذا كان فيه ترك النظر في جانب المدعى فحينئذ يحلف على السبب بالإجماع ، وذلك أن تدعى مبتوتة نفقة العدة والزوج من لا يراها ، أو ادعى شفعة بالحوار والمشتري لا يراها ، لأنه لو حلف على الحاصل يصدق في يمينه في معتقده فيفوت النظر في حق المدعى ، وإن كان سببا لا يرتفع برافع فالتحليف على السبب بالإجماع (كالعبد المسلم إذا ادعى العتق على مولاه ،

من الوجوه (على السبب إلا إذا عرّض بما ذكرنا) أي إلا إذا عرّض المدعى عليه بما ذكرناه من ارتفاع السبب . وصفة التعريض أن يقول المدعى عليه للقاضي إذا عرض القاضي اليمين عليه بالله ما بعث أبها القاضي أن الإنسان قد يبيع شيئا ثم يقبل فيه ، وعلى هذا باقي أخوات البيع فتدبر (فحينئذ يحلف على الحاصل) أي فحينئذ يلزم القاضي الاستحلاف على حكم الشيء في الحال ، وصار العدول عن اليمين على مقتضى الدعوى حقا للمدعى عليه حين طالب به ، كذا في النهاية نقلا عن شرح الأقطع (وقيل ينظر إلى إنكار المدعى عليه) أي روى عنه أنه ينظر إلى إنكار المدعى عليه (إن أنكر السبب يحلف عليه ، وإن أنكر الحكم يحلف على الحاصل) وفي فتاوى قاضيخان : قال شمس الأئمة : هذا أحسن الأقاويل عندى وعليه أكثر القضاة . وفي الكافي : قال فخر الإسلام : يفوت إلى رأى القاضي (فالحاصل هو الأصل عندهما) أي التحليف على الحاصل هو الأصل عندهما (إذا كان سببا) أي إذا كان سبب ذلك سببا (يرتفع برافع إلا إذا كان فيه) أي في التحليف على الحاصل (ترك النظر في جانب المدعى فحينئذ يحلف على السبب بالإجماع ، وذلك) أي ما كان في التحليف على السبب فيه ترك النظر في جانب المدعى (مثل أن تدعى مبتوتة نفقة العدة والزوج من لا يراها) أي لا يرى نفقة العدة للمبتوتة (أو ادعى شفعة بالحوار والمشتري لا يراها) بأن كان شافعا (لأنه لو حلف على الحاصل يصدق في يمينه في معتقده فيفوت النظر في حق المدعى) فإن قيل : في التحليف على السبب ضرر بالمدعى عليه أيضا لجواز أنه اشترى ولا شفعة له بأن سلم أو سكت عن الطلب . قلنا : القاضي لا يجد بدا من إلحاق الضرر بأحدهما ، فكان مراعاة جانب المدعى أولى لأن السبب الموجب للحق وهو الشراء إذا ثبت يثبت الحق له ، وسقوطه إنما يكون بأسباب عارضة فيجب التمسك بالأصل حتى يقوم الدليل على العارض ، كذا ذكره الصدر الشهيد في أدب القاضي ، كذا في النهاية ومعراج الدراية (وإن كان سببا) أي إن كان سبب ذلك سببا (لا يرتفع برافع فالتحليف على السبب بالإجماع كالعبد المسلم إذا ادعى العتق على مولاه) وجحد المولى فإنه يحلف على السبب بالله ما أعتقه لأنه لا ضرورة إلى التحليف

وإذا ادّعت المبتوتة نفقة الزوج من لا يراها أو ادعى شفعة بالحوار والمشتري لا يراها يحلف على السبب ، لأنه لو حلف على الحاصل لصدق في يمينه في معتقده فيتضرر المدعى . فإن قيل : بالحلف على السبب يتضرر المدعى عليه لجواز أن يكون قد اشترى وسلم الشفعة أو سكت عن الطلب وليس بأولى بالضرر من المدعى ؟ أجيب بأنه أولى بذلك لأن القاضي لا يجد بدا من إلحاق الضرر بأحدهما والمدعى يدعى ما هو أصل لأن الشراء إذا ثبت يثبت الحق له ، وسقوطه إنما يكون بأسباب عارضة فيجب التمسك بالأصل حتى يقوم الدليل على العارض ، وإذا ادّعى الطلاق أو الغصب أو النكاح أو البيع يحلف عندهما على الحاصل بالله ما هي بائن منك الساعة وما يستحق عليك ردّه وما بينكما نكاح أو بيع قائم في الحال لأن السبب ، مما يتكرر فبالحلف عليه يتضرر المدعى عليه

(قال المصنف : فالتحليف على السبب بالإجماع) أقول : في باب اليمين من فتاوى قاضيخان ما يخالفه فراجعه وتدبر في دفعه (قوله وإذا ادّعت المبتوتة النفقة الخ) أقول : وفي الخانية في باب اليمين : امرأة ادّعت على زوجها أنه طلقها بعد الدخول وعليه نفقة العدة فأأنكر الزوج النفقة يحلف بالله ما عليك تسليم النفقة إليها إلا إذا عرضت المرأة فتقول إنه من أصحاب الحديث يزعم أنه لا نفقة للمبتوتة . ولو حلف على الحاصل يحلف بناء على زعمه فيحلفه القاضي على السبب بالله ما طلقها بعد الدخول انتهى . فأقول : لا يخفى عليك من المخالفة بين هذا والمذكور في الكتاب ، ويجوز أن يقال ما في الخالية فيما إذا لم يعلم القاضي مذهب الزوج وما في الهداية والشروح فيما إذا علمه كما يفهم من قوله

بخلاف الأمة والعبد الكافر) لأنه يكرّر الرق عليها بالردة واللعاق وعليه بنقض العهد واللعاق ، ولا يكرّر على العبد المسلم . قال (ومن ورث عبداً وادّعاه آخر يستحلف على علمه) لأنه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات (وإن وهب له أو اشتراه يحلف على البتات) لوجود المطلق لليمين إذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعها وكذا الهبة .

على الحاصل ، إذ لا يجوز أن يعود رقيقاً بعد الإعتاق ، كيف ولو تصوّر عود الرق فلنما يتصور على تقدير وقوع الاستيلاء عليه بعد الارتداد ، ولا يمكن ذلك بالنسبة إلى العبد المسلم لأنه يقتل بالارتداد (بخلاف الأمة والعبد الكافر) حيث يحلف فيها على الحاصل : أى ماهى حرّة أو ما هو حرّ في الحال كذا في الكافي (لأنه يكرّر الرق عليها) أى على الأمة (بالردة واللعاق) بدار الحرب والسبي (وعليه) أى ويكرّر الرق على العبد الكافر (بنقض العهد واللعاق) بدار الحرب والسبي أيضاً (ولا يكرّر على العبد المسلم) لما ذكرناه آنفاً (قال) أى محمد في الجامع الصغير في كتاب القضاء (ومن ورث عبداً وادّعاه آخر) ولا بينة له (استحلف) أى الوارث (على علمه) أى بالله ما يعلم أن هذا عبد المدعى (لأنه لا علم له) أى للوارث (بما صنع المورث فلا يحلف على البتات) إذ لو حلفناه عليه لامتنع عن اليمين مع كونه صادقاً فيها فينضّر به ، كذا في الكافي (وإن وهب له أو اشتراه يحلف على البتات) يعنى إن وهب له عبداً أو اشتراه وادّعاه آخر ولا بينة له يحلف على البتات (لوجود المطلق) أى المجوز (لليمين) أى لليمين على البتات (إذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعها وكذا الهبة) فإن قيل ؛ بهذا التعليل لا يقع الفرق بين الإرث وغيره فإن الإرث أيضاً سبب موضوع للملك شرعاً كالهبة فكيف يستحلف فيه على العلم ؟ قلنا : إن معنى قوله الشراء سبب لثبوت الملك وضعها أن ذلك سبب يثبت الملك باختياره المشتري ومباشرته ، ولولم يعلم المشتري أن العين التي

وعند أبي يوسف يحلف على السبب . قال (ومن ورث عبداً وادّعاه آخر استحلف على علمه الخ) وهذا نوع آخر من كيفية اليمين وهو اليمين على العلم أو البتات ، والضابط في ذلك أن الدعوى إذا وقعت على فعل الغير كان الحلف على العلم ، وإن وقعت على فعل المدعى عليه كان على البتات ، ونوقض بالرد بالعيب ، فإن المشتري إذا ادّعى أن العبد سارق أو آتق وأثبت ذلك في يد نفسه وادّعاه في يد البائع وأراد تحليف البائع يحلف على البتات بالله ما أبق ماسق مع أنه على فعل الغير ، وبالمودع إذا ادّعى قبض صاحب الوديعة فإنه يحلف على البتات والقبض فعل الغير ، وبالوكيل بالبيع إذا باع وسلم إلى المشتري ثم أقر أن الموكل قبض الثمن وأنكره الموكل يحلف بالوكيل بالله ما قبض الموكل وهو فعل الغير ، وعن هذا ذهب بعضهم إلى أن التحليف على فعل الغير إنما يكون على العلم إذا قال المدعى عليه لا أعلم لي بذلك ، فأما إذا قال لي علم بذلك حلف على البتات . وفي صواب النقض يدعى العلم فكان الحلف على البتات ، وتخريجها على الأول أن في الرد بالعيب ضمن البائع تسليم المبيع سليماً عن العيوب ، فالتحليف يرجع إلى ما ضمن بنفسه ، وفي الباقيين الحلف يرجع إلى فعل نفسه وهو التسليم لا إلى فعل غيره وهو القبض (وإذا ورث عبداً وادّعاه آخر استحلف على علمه ، لأنه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات ، وإن وهب له أو اشتراه يحلف على البتات لوجود المطلق لليمين ، إذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعها وكذا الهبة) فإن قيل : الإرث كذلك . أجب بأن معنى

والزوج من لا يراها (قوله يحلف على البتات الخ) أقول : الظاهر أن يحلف على الحاصل بالله ما عليك حق الرد فإن بالحلف على السبب ينضّر البائع إذ قد يبرأ المشتري عن العيب (قوله وفي صورة النقض يدعى العلم الخ) أقول : غير مسلم في الرد بالعيب (قال المصنف : لأنه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات) أقول : قال الزيلعي أخذاً من النهاية : ثم في كل موضع وجب اليمين فيه على البتات فحلف على العلم لا يكون معتبراً حتى لا يقضى عليه بالنكول ولا يسقط اليمين عنه ، وفي كل موضع وجب فيه اليمين على العلم فحلف على البتات يعتبر اليمين حتى يسقط عنه اليمين على العلم ويقضى عليه إذا نكل لأن الحلف على البتات أكد فيعتبر مطلقاً ، بخلاف العكس انتهى . فيه بحث ، أما أولاً فلا بد أن قوله لا يقضى عليه بالنكول ولا يسقط اليمين عنه ليس كما ينبغي بل اللائق أن يقضى بالنكول فإنه إذا نكل عن الحلف على العلم في الحلف على البتات أولى ، والحواب المنع لجواز أن يكون نكوله لعلمه بعدم فائدة اليمين على العلم فلا يحلف حذراً عن التكرار فليتأمل ، وأما ثانياً فلا بد

اشترى ملك البائع لما باشر الشراء اختياراً وكذا الموهوب له في قبول الهبة، بخلاف الإرث فإنه يثبت الملك للوارث جبراً من غير اختياره ولا علم له بحال ملك المورث فلذلك يحلف الوارث بالعلم والمشتري والموهوب له بالبنات، كذا في الشروح. ثم اعلم أن هذا نوع آخر أيضاً من كيفية اليمين، وهو اليمين على العلم أو البنات، والضابط في ذلك أن التحليف إن كان على فعل نفسه يكون على البنات، وإن كان على فعل غيره يكون على العلم. فإن قيل: أي يستقيم هذا. ولو ادعى عليه رجل إباق عبد قد باعه والمدعى عليه ينكر الإباق فإنه يحلف على البنات مع أن الإباق فعل غيره؟ قلنا المدعى يدعى عليه تسليم غير السليم عن العيب وهو ينكره، وأنه فعل نفسه، كذا في الكافي. قال الإمام الاستروشي في الفصل الثالث من فصوله: وأما كيفية التحليف فنقول: إن وقعت الدعوى على فعل المدعى عليه من كل وجه بأن ادعى على رجل أنك سرقت هذا العين مني أو غصبت هذا العين مني يستحلف على البنات، وإن وقعت الدعوى على فعل الغير من كل وجه يحلف على العلم، حتى لو ادعى ديناً على ميت بخضرة وارثه بسبب الاستهلاك أو ادعى أن أباك سرق هذا العين مني أو غصبت هذا العين مني يحلف على العلم، وهذا مذهبنا. قال شمس الأئمة الحلواني: هذا الأصل مستقيم في المسائل كلها أن التحليف على فعل الغير يكون على العلم إلا في الرد بالعيب يريد به أن المشتري إذا ادعى أن العبد سارق أو أبق وأثبت لإباقه أو سرقة في يد نفسه وادعى أنه أبق أو سرق في يد البائع وأراد تحليف البائع يحلف على البنات بالله ما أبق بالله ماسرق في يدك، وهذا تحليف على فعل الغير، وهذا لأن البائع ضمن تسليم المبيع سليماً عن العيوب والتحليف يرجع إلى ماضن بنفسه فيكون على البنات. وكان فخر الإسلام البزدوى يزيد على هذا الأصل حرفاً، وهو أن التحليف على فعل نفسه على البنات وعلى فعل الغير على العلم، إلا إذا كان شيئاً يتصل به فحينئذ يحلف على البنات، خرج على هذا فصل الرد بالعيب لأن ذلك مما يتصل به، لأن تسليم العبد سليماً واجب على البائع، فإن وقعت الدعوى على فعل المدعى عليه من وجه وعلى فعل غيره من وجه بأن قال اشتريت مني استأجرت مني استقرضت مني، فإن هذه الأفعال فعلة وفعل غيره فإنها تقوم بآيتين، ففي هذه الصور يحلف على البنات. وقد قيل: إن التحليف على فعل الغير إنما يكون على العلم إذا قال الذي استحلف لا علم لي بذلك، فأما إذا قال لي علم بذلك يحلف على البنات؛ ألا ترى أن المودع إذا قال قبض صاحب الوديعة الوديعة مني فإنه يحلف المودع على البنات، وكذا الوكيل بالبيع إذا باع وسلم إلى المشتري ثم أقر البائع أن الموكل قبض الثمن وجحد الموكل فالقول قول الوكيل مع يمينه، فإذا حلف برئ المشتري ويحلف الوكيل على البنات بالله لقد قبض الموكل، وهذا تحليف على فعل الغير، ولكن الوكيل يدعى أن له علماً بذلك فإنه قال قبض الموكل فكان له علم بذلك فيحلف على البنات، إلى هنا لفظ الفصول، كذا في غاية البيان. وذكر الإمام اللامشي أن في كل موضع وجبت اليمين على البنات فحلف على العلم لا يكون معتبراً، وإذا نكل عن اليمين على العلم لا يعتبر ذلك النكول، ولو وجبت على العلم وحلف على البنات سقط عنه الحلف على العلم، ولو نكل يقضى عليه لأن الحلف على البنات أقوى، كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلاً عن الفصول. وقال بعض الفضلاء: قال الزيلعي أخذنا من النهاية: ثم في كل موضع وجبت اليمين فيه على البنات فحلف على العلم لا يكون معتبراً حتى لا يقضى عليه بالنكول ولا يسقط اليمين عنه، وفي كل موضع وجبت فيه اليمين على العلم فحلف على البنات يعتبر اليمين حتى يسقط عنه اليمين على العلم، ويقضى عليه إذا نكل لأن الحلف على البنات أكد فيعتبر مطلقاً، بخلاف العكس انتهى. وفيه بحث، أما أولاً فلأن قوله لا يقضى عليه بالنكول ولا يسقط اليمين عنه ليس كما ينبغي، بل اللائق أن يقضى بالنكول، فإنه إذا نكل عن الحلف على العلم في الحلف على البنات أولى. والجواب المنع لجواز أن يكون نكوله لعلمه بعدم فائدة اليمين على العلم فلا يحلف حذراً من التكرار. وأما ثانياً فلأن قوله ويقضى عليه إذا نكل محل تأمل، فإنها إذا لم تجب عليه كيف يقضى عليه إذا نكل، إلى هنا كلام ذلك القائل. وأقول: بحثه الثاني متوجه في الظاهر، ولكنه ليس بمستقل بإيراده، بل قد سبقه إليه بعض العلماء حيث

قوله سبب لثبوت الملك سبب اختياري يباشره بنفسه فيعلم ما صنع.

قوله ويقضى عليه إذا نكل محل تأمل، فإنها إذا لم تجب عليه كيف يقضى عليه إذا نكل؟

قال (ومن ادعى على آخر مالا فافتدى يمينه أو صالحه منها على عشرة فهو جائز) وهو مأثور عن عثمان رضي الله عنه .

ذكر ما في النهاية وقال : وفيه كلام ، وهو أن الظاهر عدم الحكم بالنكول لعدم وجوب اليمين على البتات كما لا يخفى انتهى . وقد سبقهما إليه الإمام عماد الدين حيث قال في فصوله : ورأيت فيما كتبت من نسخة المحيط في فصل المتفرقات من أدب القاضي منه : في كل موضع وجب اليمين على البتات فحلقة القاضي على العلم لا يكون معتبرا ، وإذا نكل عن اليمين على العلم لا يعتبر ذلك النكول ، ولو وجب على العلم فحلقة على البتات سقط عنه الحلف لأن البتات أقوى . ولو نكل عنه يقضى عليه . قلت : وهذا الفرع مشكل انتهى . ولا يخفى أن مراده بهذا الفرع هو قوله ولو نكل عنه يقضى عليه وإن وجه إشكاله توجه مذكرا . وأما بحث الأول وجوابه فنظور فيهما : أما البحث فالأول اللازم من النكول عن الحلف على العلم أن يفهم نكوله عن الحلف على البتات لو حلف عليه لا أن يتحقق النكول عن الحلف على البتات بالفعل ، والذي من أسباب القضاء هو الثاني دون الأول كما لا يخفى . وأما الجواب فالأنه لو علم بيقين كون نكوله لعلمه بعدم فائدة اليمين على العلم فالحكم أيضا مذكرا ، ولا يجرى الجواز المذكور هناك ، على أنه لا وجه لقوله فلا يحلف حذرا عن التكرار ، إذ المحذور تكرار التحليف لا تكرار الحلف كما لا يخفى (قال) أي محمد رحمه الله في الجامع الصغير في كتاب القضاء (ومن ادعى على آخر مالا فافتدى يمينه) أي افتدى الآخر عن يمينه (أو صالحه منها) أي صالح الآخر المدعى من اليمين (على عشرة دراهم مثلا فهو) أي الافتداء أو الصلح (جائز) فالافتداء قد يكون بمال هو مثل المدعى ، وقد يكون بمال هو أقل من المدعى . وأما الصلح من اليمين فإنما يكون على مال أقل من المدعى في الغالب لأن الصلح ينبي عن الخطيئة ، وكلاهما مشروع ، كذا في النهاية ومعراج الدراية (وهو) أي الافتداء عن اليمين (مأثور عن عثمان رضي الله عنه) قال صاحب العناية : ولفظ الكتاب يشير إلى أنه كان مدعى عليه . ذكر في القوائد الظهيرية أنه ادعى عليه أربعون درهما فأعطى شيئا وافتدى يمينه ولم يحلف ، فقيل ألا تحلف وأنت صادق ؟ فقال : أخاف أن يوافق قدر يميني فيقال هذا بسبب يمينه الكاذبة ، وذكر أن المقداد بن الأسود استقرض من عثمان رضي الله عنهما سبعة آلاف درهم ثم قضاه أربعة آلاف ، فترافعا إلى عمر رضي الله عنه في خلافته ، فقال المقداد : ليحلف يا أمير المؤمنين أن الأمر كما يقول وليأخذ سبعة آلاف ، فقال عمر لعثمان : أنصفك المقداد احلف إنها كما تقول وخذها ، فلم يحلف عثمان رضي الله عنه ، فلما خرج المقداد قال عثمان لعمر رضي الله عنهما إنها كانت سبعة آلاف ، قال : فما منعك أن تحلف

(قال : ومن ادعى على آخر مالا النخ) ومن افتدى عن يمينه أو صالح منها على شيء مثل المال المدعى به أو أقل جاز وهو مأثور عن عثمان رضي الله عنه ، ولفظ الكتاب يشير إلى أنه كان مدعى عليه . وذكر في القوائد الظهيرية أنه ادعى عليه أربعون درهما فأعطى شيئا وافتدى يمينه ولم يحلف ، فقيل ألا تحلف وأنت صادق ؟ فقال : أخاف أن يوافق قدر يميني فيقال هذا بسبب يمينه الكاذبة . وذكر أن المقداد بن الأسود استقرض من عثمان سبعة آلاف درهم ثم قضاه أربعة آلاف فترافعا إلى عمر رضي الله عنه في خلافته فقال المقداد : ليحلف يا أمير المؤمنين أن الأمر كما يقول وليأخذ سبعة آلاف فقال عمر لعثمان : أنصفك المقداد احلف أنها كما تقول وخذها فلم يحلف عثمان ، فلما خرج المقداد قال عثمان لعمر : إنها كانت سبعة آلاف قال فما منعك أن تحلف وقد جعل ذلك ؟ إليك ؟ فقال عثمان عند ذلك ما قاله . فيكون دليلا للشافعي على جواز رد اليمين على المدعى . والجواب أنه كان يدعى الإبقاء على عثمان .

(قوله قال عثمان لعمر : إنها كانت سبعة آلاف) أقول : فيه نظر ، فإنه إذا قضاه أربعة آلاف كيف قال عثمان رضي الله تعالى عنه إنها كانت سبعة آلاف ، ثم إن القصة ليست مانعة فيه إذ ليس فيها إلا النكول لا الافتداء والصلح .

(وليس له أن يستحلفه على تلك اليمين أبدا) لأنه أسقط حقه ، والله أعلم .

وقد جعل ذلك إليك ؟ فقال عثمان رضي الله عنه عند ذلك ما قاله . فيكون دليلا للشافعي على جواز ردّ اليمين على المدعي . والجواب أنه كان يدعي الإيفاء على عثمان رضي الله عنه وبه نقول انتهى . وقال بعض الفضلاء : فيه نظر ، فإن المقدار رضي الله عنه إذا قضاه أربعة آلاف كيف قال عثمان رضي الله عنه إنها كانت سبعة آلاف ، ثم إن قصة المقدار ليست مما نحن بصدد ، إذ ليس فيها إلا النكول لا الافتداء والصلح انتهى . وأقول : نظره ساقط بشقيه ، أما شقه الأول فلأن معنى قول عثمان رضي الله عنه إنها كانت سبعة آلاف ، أنها كانت في الأصل سبعة آلاف كما يرشد إليه لفظ كانت ، لا أن الباقي في ذمته الآن سبعة آلاف . ولا يخفى أن قضاء أربعة آلاف إنما ينافي الأول دون الثاني . فإن قلت : يشكل حينئذ قوله . والجواب أنه كان يدعي الإيفاء على عثمان رضي الله عنه إذ النزاع حينئذ يكون في الإيفاء والقبض دون مقدار أصل القرض كما ذكرته . قلت : المراد به أنه كان يدعي إيفاء تمام الدين وهو أربعة آلاف درهم على عثمان رضي الله عنه وهو ينكر ذلك ويقول : بل أوفيت البعض منه وهو أربعة آلاف وبقي البعض منه في ذمتك وهو ثلاثة آلاف ، فحينئذ يكون النزاع في الإيفاء فرع النزاع في أصل مقدار القرض ، فتسلم القصة عن تعارض طرفيها كما توهمه الناظر ، ويخرج الجواب عما قاله الشافعي . وأما شقه الثاني فلأنه لم يدّع أحد أن القصة مما نحن بصدد ، بل صرحوا بأن عثمان رضي الله عنه كان مدّعيًا في هذه القصة فصاح أن يتخذ الشافعي دليلا على مذهبه وهو جواز ردّ اليمين على المدعي ، وإن أمكن الجواب عنه من قبلنا ، وإنما كان مدعي عليه ومفتديا عن يمينه بمال في رواية مذكورة في الفوائد الظهيرية ، والمقصود التنبيه على أن قول المصنف وهو مأثور عن عثمان رضي الله عنه إنما يتم على رواية بعض الكتب دون رواية بعضها ، وقد أشار إليه صاحب العناية حيث قال أولا : ولفظ الكتاب يشير إلى أنه كان مدّعي عليه فذكر ما ذكر في الفوائد الظهيرية ، ثم نقل هذه القصة فقال : فيكون دليلا للشافعي على جواز ردّ اليمين على المدعي . واعلم أن صاحب النهاية : قد أوضح المرام بتفصيل الكلام في هذا المقام فقال : قد اختلفت روايات الكتاب في أن عثمان رضي الله عنه كان مدّعي عليه في ذلك أو مدّعيًا ، ففي الفتاوى الظهيرية أنه ادعى عليه أربعين درهما فأعطى شيئا وافتدى يمينه ولم يحلف ، فقيل : ألا تحلف وأنت صادق ؟ فقال : أخاف أن يوافق قدر يميني فيقال هذا بسبب يمينه الكاذبة . وذكر في الباب الأول من دعوى المبسوط في احتجاج الشافعي في مسئلة ردّ اليمين على المدعي أن عثمان رضي الله عنه كان مدّعيًا فقال : وحجته في ردّ اليمين على المدعي ما روى أن عثمان ادعى مالا على المقداد بين يدي عمر رضي الله عنهم ، إلى أن قال : ليحلف لي عثمان . وذكر الإمام المحبوبي تمام القصة فقال : روى أن المقداد بن الأسود استقرض من عثمان رضي الله عنهما سبعة آلاف درهم ثم قضاه أربعة آلاف . فترافعا إلى عمر رضي الله عنه في خلافته ، فقال المقداد : ليحلف يا أمير المؤمنين أن الأمر كما يقول وليأخذ سبعة آلاف ، فقال عمر لعثمان : أنصفك المقداد لتحلف أنها كما تقول وخلدها ، فلم يحلف عثمان ، فلما خرج المقداد قال عثمان لعمر : إنها كانت سبعة آلاف ، قال : فما منعك أن تحلف وقد جعل ذلك إليك ؟ فقال عثمان عند ذلك ما قاله . ثم قال في المبسوط : وتأويل حديث المقداد أنه ادعى الإيفاء على عثمان رضي الله عنه وبه نقول ، إلى هنا كلام صاحب النهاية (وليس له أن يستحلفه على تلك اليمين) أي ليس للمدعي أن يستحلف المدعي عليه على تلك اليمين التي افتدى عنها أو صالح عنها على مال (أبدا) أي في وقت من الأوقات (لأنه أسقط حقه) أي لأن المدعي أسقط حقه في يمين المدعي عليه بالافتداء أو للصلح ، بخلاف ما لو اشترى يمينه بعشرة دراهم لم يجبر ، وكان له أن يستحلفه لأن الشراء عقد تملك المال بالمال واليمين ليست بمال كذا في الشروح وسائر المعبرات .

وبه نقول . ثم لما بطل حقه في اليمين في لفظ الفداء والصلح ليس له أن يستحلف بعد ذلك لأنه أسقط حقه ، بخلاف ما إذا اشترى يمينه بعشرة دراهم لم يجبر وكان له أن يستحلفه ، لأن الشراء عقد تملك المال بالمال واليمين ليست بمال .

(باب التحالف)

قال (وإذا اختلف المتبايعان في البيع فادعى أحدهما ثمنا وادعى البائع أكثر منه أو اعترف البائع بقدر من المبيع وادعى المشتري أكثر منه فأقام أحدهما البينة قضى له بها) لأن في الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة أقوى منها (وإن أقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة أولى) لأن البيئات للإثبات ولا تعارض في الزيادة (ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعا فبينة البائع أولى في الثمن وبينة المشتري أولى في المبيع) نظرا إلى زيادة الإثبات .

(باب التحالف)

لما ذكر حكم يمين الواحد شرع في بيان حكم يمين الاثنين لأن الاثنين بعد الواحد طبعاً فراعاه في الوضع ليناسب الوضع الطبع (قال) أي القدوري في مختصره (وإذا اختلف المتبايعان في البيع فادعى أحدهما) أي المشتري (ثمنا) بأن قال مثلاً اشترته بمائة (وادعى البائع أكثر منه) بأن قال بعته بمائة وخمسين (أو اعترف البائع بقدر من المبيع) بأن قال مثلاً المبيع كثر من الحنطة (وادعى المشتري أكثر منه) بأن قال هو كثران من الحنطة . والحاصل إذا وقع الاختلاف بينهما في قدر الثمن كما في الصورة الأولى أو في قدر المبيع كما في الصورة الثانية (فأقام أحدهما البينة قضى له بها) أي بالبينة (لأن في الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة أقوى منها) لأن البينة توجب منه الحكم على القاضى ومجرد الدعوى لا يوجب عليه (وإن أقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة أولى لأن البيئات للإثبات) أي وضعت في الشرع للإثبات فكل ما كان أكثر إثباتاً كان أولى (ولا تعارض في الزيادة) لأن البينة المثبتة للأقل لا تتعرض للزيادة ، فكانت البينة المثبتة للزيادة سالمة عن المعارض ، كذا في غاية البيان . قال تاج الشريعة : فإن قلت : البينة التي تثبت الأقل تنفي الزيادة لأنها تثبت أن كل الثمن هذا القدر . قلت : المثبتة للزيادة تثبتها قصداً وتلك لا تنفيها قصداً فكانت الأولى أولى لما قامت بينهما معارضة انتهى . أقول : جوابه هذا وإن كان صحيحاً في نفسه إلا أنه غير مطابق لظاهر تقرير المصنف ، فإن المفهوم منه انتفاء التعارض بين البينتين في الزيادة ، والمفهوم من هذا الجواب تحقق التعارض بينهما في الزيادة مع رجحان البينة المثبتة للزيادة على البينة النافية لها فتأمل (ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعاً) بأن قال البائع مثلاً بعته هذه الجارية بمائة دينار وقال المشتري بعتهيا وهذا العبد معها بخمسين ديناراً وأقاما بينة (فبينة البائع أولى في الثمن وبينة المشتري أولى في المبيع نظراً إلى زيادة الإثبات) فالجارية والعبد جميعاً للمشتري بمائة دينار في المثال المذكور .

(باب التحالف)

راعى الترتيب الطبيعي فأخّر يمين الاثنين عن يمين الواحد ليناسب الوضع الطبع (إذا اختلف المتبايعان في البيع) فادعى المشتري أنه اشتراه بمائة وادعى البائع أنه باعه بمائة وخمسين أو اعترف البائع بأن المبيع كثر من حنطة وقال المشتري هو كثران ، فن أقام البينة قضى له بها ، لأن في الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة أقوى منها لأنها توجب الحكم على القاضى ومجرد الدعوى لا يوجب عليه ، وإن أقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة أولى ، لأن البيئات للإثبات ولا تعارض بينهما في الزيادة

(باب التحالف)

(قال المصنف : لأن في الجانب الآخر مجرد الدعوى) أقول : ولو ظاهراً فلا يخالف ما سبقه بعد أسطر ، لأن المشتري لا يدعى شيئاً ، إذ المراد لا يدعى ادعاءً معنوياً وبه يندفع ماعى يقال كيف تقبل بيعة المشتري بعد القبض وهو ليس بمدع والبينة على المدعى ، فإنه إذا أريد أنه ليس بمدع حقيقة فمسلم ولا يفيد لأنه تسمع بيعة المدعى صورة كما إذا ادعى المودع رد الودعة ، وإن أريد أنه ليس بمدع أصلاً ولو صورة فغير مسلم كما لا يخفى (قال المصنف : ولا تعارض في الزيادة) أقول : فيه شيء جوابه لا يخفى .

(وإن لم يكن لكل واحد منهما بينة قبل للمشتري إما أن ترضى بالثمن الذي ادّعاه البائع وإلا ففسخنا البيع . وقيل للبائع إما أن تسلم ما ادّعاه المشتري من المبيع وإلا ففسخنا البيع) لأن المقصود قطع المنازعة ، وهذه جهة فيه لأنه ربما لا يرضيان بالفسخ فإذا علما به يراضيان به (فإن لم يراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر)

وقيل : هذا قول أبي حنيفة آخر ، وكان يقول أولا وهو قول زفر : يقضى للمشتري بمائة وخمسة وعشرين ديناراً ، ونظير هذه المسئلة في الإجازات ، كذا في الشروح . ثم المراد من قوله ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعاً : أى في قدرهما على ما ذكرنا في صورة المسئلة . وأما إذا اختلفا في جنس الثمن وأقاما البينة فالبينة بينة من الاتفاق على قوله : كما لو قال البائع بعثت هذه الجارية بعبدك هذا وقال المشتري اشتريتها منك بمائة دينار وأقاما البينة يلزم البيع بالعبد وتقبل بينة البائع دون حق المشتري . لأن حق المشتري في الجارية ثابت باتفاقهما . وإنما الاختلاف في حق البائع فبينته على حقه أولى بالقبول ، ولأنه يثبت بينته الحق لنفسه في العبد والمشتري ينفي ذلك والبيّنات للإثبات لا للنفي ، كذا في النهاية نقلاً عن المبسوط . أقول : في التعليل الثاني بحث ، أما أولاً فبالمعارضة فإن المشتري يثبت بينته الحق للبائع في مائة دينار والبائع ينفي ذلك ، والبيّنات للإثبات لا للنفي فينبغي أن تقبل بينة المشتري دون البائع . وأما ثانياً فبالنقض ، فإنه لو سلم هذا التعليل لأفاد عدم قبول بينة المشتري عند انفرادها بإقامة البينة أيضاً ، إذ حينئذ ينفي المشتري أيضاً بينته حق البائع فيما ادّعاه ، والبيّنات للإثبات لا للنفي مع أن المسئلة على أنه إذا أقام أحدهما البينة قضى له بها قطعاً . وأما ثالثاً فبالمنع ، فإننا لانسلم أن المشتري ينفي بينته ما يثبت البائع بل هو يثبت بها ما يدعيه لنفسه وهو كون حق البائع في مائة دينار ويسكت عما يثبت البائع وهو كون حقه في العبد ، فإن حصل مما يثبت المشتري تنفي ما يثبت البائع فإنما هو بالتبع والتضمن لا بالأصل والقصد ، وذلك لا يناق كونه وضع البيّنات للإثبات دون النفي (وإن لم يكن لكل واحد منهما بينة قبل للمشتري) أى يقول الحاكم للمشتري (إما أن ترضى بالثمن الذي ادّعاه البائع وإلا ففسخنا البيع ، وقيل للبائع) أى ويقول للبائع (إما أن تسلم ما ادّعاه المشتري من المبيع وإلا ففسخنا البيع ، لأن المقصود) أى المقصود من شرع الأسباب (قطع المنازعة) ودفع الخصومة (وهذا جهة فيه) أى القول المذكور للبائع والمشتري جهة في قطع المنازعة (لأنه ربما لا يرضيان) أى المتبايعان (بالفسخ فإذا علما به) أى بالفسخ (يراضيان به) أى بمدعى كل واحد منهما . أقول : لقائل أن يقول : كما أن ما ذكر جهة في قطع المنازعة كذلك عكس ذلك جهة فيه بأن يقال للبائع إما أن ترضى بالثمن الذي ادّعاه المشتري وإلا ففسخنا البيع ، وأن يقال للمشتري إما أن تقبل ما اعترف به البائع من المبيع وإلا ففسخنا البيع . وبالحيلة أن قطع المنازعة كما يمكن بأن يكلف مدعى الأقل بالرضا بالأكثر يمكن أيضاً بعكسه ، وهو أن يكلف مدعى الأكثر بالرضا بالأقل ، فما الرجحان في اختيارهم الجهة المذكورة دون عكسها فتأمل (فإن لم يراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر) قال صاحب النهاية

فتبينها كان أكثر إثباتاً ، ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعاً فقال البائع بعثت هذه الجارية بمائة دينار وقال المشتري بعثتها وهذه معها بخمسين ديناراً وأقام بينة فيينة البائع أولى في الثمن وبينة المشتري أولى في المبيع نظراً إلى زيادة الإثبات وهما جميعاً للمشتري بمائة دينار . وقيل هذا قول أبي حنيفة آخر ، وكان يقول أولاً وهو قول زفر : يقضى بهما للمشتري بمائة وخمسة وعشرين ديناراً ، وإن كان الاختلاف في جنس الثمن كما لو قال البائع بعثت هذه الجارية بعبدك هذا وقال المشتري اشتريتها منك بمائة دينار وأقاما البينة فهي لمن الاتفاق على قوله وهو البائع ، لأن حق المشتري في الجارية ثابت باتفاقهما ، وإنما الاختلاف في حق البائع فبينته على حقه أولى بالقبول ، وإن لم يكن لهما بينة يقول الحاكم للمشتري إما أن ترضى بالثمن الذي يدعيه البائع وإلا ففسخنا البيع ، ويقول البائع إما أن تسلم ما ادّعاه المشتري من المبيع . ففسخنا البيع ، لأن المقصود قطع المنازعة وهذه

(قال المصنف : وإن لم يكن لكل واحد منهما) أقول : أظهر حديثي في كل ما لا يخفى (قال المصنف : وهذه جهة فيه) أقول : أثبت الإشارة باعتبار الخبر أو على تأويل القول بالمقالة .

وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس ، لأن البائع يدعى زيادة الثمن والمشتري ينكره ، والمشتري يدعى وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكره . فكل واحد منهما منكر فيحلف : فأما بعد القبض فتحالف للقياس لأن المشتري لا يدعى شيئا لأن المبيع سالم له فبقى دعوى البائع في زيادة الثمن والمشتري ينكرها فيكتفى بحلفه ،

في شرح قول المصنف فإن لم يتراضيا : أى بأن يعطى كل واحد ما يدعى صاحبه انتهى . أقول : فيه قصور ، لأن هذا لا يتصور إلا في الصورة الثالثة من الصور الثلاث المذكورة ، وهى ما إذا اختلفا في الثمن والمبيع جميعا دون الصورتين الأخريين ، إذ قد مر في الكتاب أن صورة الاختلاف في الثمن أن يدعى أحدهما ثمنًا ويدعى الآخر أكثر منه : وأن صورة الاختلاف في المبيع أن يدعى أحدهما قدرا من المبيع ويدعى الآخر أكثر منه : فلو أعطى كل واحد ما يدعى صاحبه في هاتين الصورتين لزم إعطاء الثمنين معا أو إعطاء الميعين معا وهذا خلف . ولا يخفى أن ما ذكره المصنف هاهنا حكم عام للصور الثلاث جميعا فلا يناسبه التفسير المزبور . وقال صاحب غاية البيان في شرح هذا المقام : أى إن لم يتراض البائع والمشتري : يعنى لم يرض البائع بما ادعاه المشتري من المبيع ولم يرض المشتري بما ادعاه البائع من الثمن يستحلف القاضي كل واحد من البائع والمشتري على دعوى صاحبه انتهى . أقول : وفيه أيضا قصور ، لأن هذا أيضا لا يجري إلا في الصورة الثالثة من تلك الصور الثلاث كما لا يخفى على ذى مسكة ، فلا يناسب ما ذكره المصنف هاهنا من الحكم العام للصور الثلاث كلها . وأما سائر الشراح فلم يتعرضوا هاهنا للشرح والبيان . فالحق عندى في شرح المقام أن يقال : أى إن لم يتراض البائع والمشتري على الزيادة سواء كانت مما يدعيه أحدهما كما في الصورة الأولى والصورة الثانية ، أو مما يدعيه كل واحد منهما كما في الصورة الثالثة استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر ، فحينئذ يجرى معنى الكلام وفحوى المقام في كل صورة كما ترى (وهذا التحالف قبل القبض) أى قبل قبض المشتري السلعة ، كذا في العناية ومعراج الدراية (على وفاق القياس لأن البائع يدعى زيادة الثمن والمشتري ينكره) أى ينكر ما ادعاه البائع (والمشتري يدعى وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكره فكل واحد منهما منكر فيحلف) لأن العيين على المنكر بالحديث المشهور (فأما بعد القبض فتحالف للقياس ، لأن المشتري لا يدعى شيئا لأن المبيع سالم له فبقى دعوى البائع في زيادة الثمن والمشتري ينكرها فيكتفى بحلفه) أى كان القياس أن يكتفى بحلفه . فإن قلت : إذا لم يدع المشتري شيئا فيما بعد القبض ينبغي أن لا تقبل بينته في هذه الصورة إذا أقامها ، لأن البيئة للبدعى مع أنه قال فيما قبل فأقام أحدهما البيئة قضى له بها . قلت : المراد أن المشتري لا يدعى شيئا ادعاء معنويا فيما بعد القبض ، وهذا لا ينافى أن يكون المشتري مدعيا ادعاء صوريا في هذه الصورة ، وبيئة المدعى صورة تسمع على ما صرحوا به . كما إذا ادعى المودع رد الوديعة على مامر . لا يقال : إن كان المشتري مدعيا صورة فيما بعد القبض يكون البائع منكرا لما ادعاه صورة فيصير التحالف هاهنا أيضا موافقا للقياس : لأننا نقول : لم يقل أحد بتحليف المنكر الصورى ، بل إنما العيين لإدعاء على المنكر الحقيقى ، بخلاف المدعى الصورى فإن البيئة تسمع منه على ما ذكرنا . ولك أن تقول في الجواب عن أصل السؤال أن المشتري لا يدعى شيئا فيما بعد القبض وقبول بينته فيه لدفع العيين عنه لا لكونه مدعيا ، وهذا أى قبول البيئة من غير المدعى لدفع العيين كثير في مسائل الفقه يعرفه من يتتبع الكتب ، وهذا الوجه من

جهة فيه ، لأنه ربما لا يرضيان بالفسخ ، فإذا علما به يتراضيان ، فإن لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر ، وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس ، لأن البائع يدعى زيادة الثمن والمشتري ينكره ، والمشتري يدعى وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكره ، فكل منهما منكر والعيين على من أنكر بالحديث المشهور فيحلفان ، أما بعد القبض فعلى خلاف القياس لأن المشتري لا يدعى شيئا ، لأن المبيع سالم له في يده ، فبقى دعوى البائع في زيادة الثمن والمشتري ينكره فكان القياس

(قال المصنف : لأن البائع يدعى زيادة الثمن والمشتري ينكره) أقول : ذكر المصنف الراجح إلى الزيادة لاكتسابه الكثير من المصنف إليه أو لوجه آخر .

لكننا عرفناه بالنص وهو قوله عليه الصلاة والسلام « إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وتراداً » (ويبتدى بيمين المشتري) وهذا قول محمد وأبي يوسف آخره ، وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله ، وهو الصحيح لأن المشتري أشدهما إنكاراً لأنه يطالب أولاً بالثمن

الجواب هو الأوفق لما رأيناه حقا في شرح مراد المصنف من كلامه المذكور في صدر كتاب الدعوى فتذكر . أقول : بقي هاهنا شيء ، وهو أنه إن أراد المصنف بكلمة هذا في قوله وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس الإشارة إلى ما في صورة الاختلاف في الثمن فقط من الصور الثلاث المذكورات كما هو الظاهر من اختصاص الدليل الذي ذكره بقوله لأن البائع يدعي زيادة الثمن الخ بتلك الصورة فلا يخلو الكلام عن الركافة لفظا ومعنى . أما الأول فلأن تلك الصورة أبعد الصور المذكورة ، فالإشارة إلى ما فيها بلفظ القريب بعيد . وأما الثاني فلأن الأصل المذكور : أعنى كون التحالف قبل القبض على وفاق القياس وبعده على خلافه غير مخصوص بتلك الصورة ، بل هو جار أيضا في صورة الاختلاف في المبيع ، فإن المشتري يدعي فيها قبل قبض البائع الثمن زيادة المبيع والبائع ينكره ، والبائع يدعي وجوب تسليم الثمن بما اعترف من المبيع والمشتري ينكره فكل منهما منكر فيحلف . وأما بعد قبض البائع الثمن فلا يدعي على البائع شيئا لأن الثمن سالم له . بقي دعوى المشتري في زيادة المبيع والبائع ينكره فيكتفي بحلفه ، ولقد أفصح الإمام الزيلعي عن عدم اختصاصه بتلك الصورة حيث قال في التبيين : وهذا إذا كان قبل قبض أحد البديلين فظاهر وهو قياس ، وإن كان بعده فمخالف للقياس لأن القابض منهما لا يدعي شيئا على صاحبه ، وإنما ينكر ما ادعاه الآخر انتهى . فإذا لم يكن الأصل المذكور مخصوصا بتلك الصورة لم يظهر لتخصيص الإشارة إلى ما فيها وجه ، وإن أراد بها الإشارة إلى جنس التحالف فلا يخلو المقام عن الركافة لفظا ومعنى أيضا . أما الأول فلأن لفظ هذا يصير حينئذ زائدا ، لا موقع له في الظاهر . وأما الثاني فلأن الدليل الذي ذكره بقوله لأن البائع يدعي زيادة الثمن الخ يصير حينئذ أخص من المدعى . ثم أعلم أن صاحب الكافي وكثيرا من الثقات تركوا كلمة هذا في بيان الأصل المذكور ، ولكنهم ذكروا أيضا في دليل مخالفة القياس بعد القبض ما يخص بصورة الاختلاف في الثمن فقط ، ويمكن توجيه الكل بعناية فتأمل (ولكننا عرفناه بالنص) استدراك من قوله فيكتفي بحلفه . يعني كان القياس في صورة الاختلاف بعد القبض أن يكتفي بحلف المشتري لكننا عرفنا التحالف بالنص (وهو قوله عليه الصلاة والسلام « إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وتراداً ») قال صاحب العناية : ولقائل أن يقول : هذا الحديث مخالف للمشهور ، فإن لم يكن مشهورا فهو مرجوح ، وإن كان فكذلك لعموم المشهور أو يتعارضان ولا ترجيح انتهى . أقول : في الجواب عنه قد تقرر في كتب الأصول أن عبارة النص ترجع على إشارة النص ، فحينئذ يكون هذا الحديث راجحا على الحديث المشهور ، لأن هذا الحديث يدل بعبارته على استحلاف المدعى أيضا فيما نحن فيه . وأما الحديث المشهور فلا يدل بعبارته على عدم استحلاف المدعى مطلقا ، بل إنما يدل عليه بإشارته حيث يفهم من تقسيم الحجتين للخصمين أو من جعل جنس الأيمان على المنكرين كما بين فيما مر فهو إذن مرجوح (قال) أي القدوري في مختصره (ويبتدى) أي القاضي (بيمين المشتري) قال المصنف (وهذا قول محمد وأبي يوسف آخره ورواية عن أبي حنيفة وهو الصحيح) احترازا عن القول الأول لأبي يوسف كما سيجيء (لأن المشتري أشدهما إنكاراً لأنه يطالب أولاً بالثمن) فهو البادئ بالإنكار . قال صاحب العناية : وهذا يدل على تقدم الإنكار دون شدته ، ولعله أراد بالشدّة التقدم وهو أنسب بالمقام ، لأنه لما تقدم في الإنكار تقدم في الذي يترتب عليه انتهى . أقول : فيه نظر ، لأن الظاهر أن مدار ما ذكره المصنف على كون البادئ أعظم لكونه منشأ للثاني أيضا فيكون أشد كما يكون أقدم ، ويموز أيضا أن يكون مداره على أن المشتري لما كان مطالبا أولاً بالثمن كان منكرا للشئين أصيل

الأكجاء بحلفه لكننا عرفناه بالنص وهو قوله عليه الصلاة والسلام « إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وتراداً »

ولأنه يتعجل فائدة النكول وهو إلزام الثمن : ولو بدئ بيمين البائع تتأخر المطالبة بتسليم المبيع إلى زمان استيفاء الثمن . وكان أبو يوسف رحمه الله يقول أولاً يبدأ بيمين البائع لقوله عليه الصلاة والسلام « إذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع » خصه بالذكر ، وأقل فائدته التقديم

الوجوب ووجوب الأداء في الحال فكان أشد إنكاراً ، وعند هذين المحملين الصحيحين لإجراء الكلام على الحقيقة كيف يجوز حمل الأشد على الأقدم تجوزاً مع عدم ظهور العلاقة بينهما (ولأنه يتعجل فائدة النكول) أي بالابتداء بيمين المشتري (وهو) أي فائدة النكول إلزام الثمن ذكر الضمير الراجع إلى الفائدة ، إما باعتبار الخبر وهو (إلزام الثمن) أو بتأويل الفائدة بالنفع (ولو بدئ بيمين البائع تتأخر المطالبة بتسليم المبيع إلى زمان استيفاء الثمن) لأن تسليم المبيع يؤخر إلى زمان استيفاء الثمن لأنه يقال له أمسك المبيع إلى أن تستوفي الثمن فكان تقديم ما تتعجل فائدته أولى ، كذا في الكافي (وكان أبو يوسف يقول أولاً : يبدأ بيمين البائع) وذكر في المنتقى وفي جامع أبي الحسن أنه رواية عن أبي حنيفة وهو قول زفر ، كذا في العناية وغيرها (لقوله عليه الصلاة والسلام « إذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع ») وجه الاستدلال أنه عليه الصلاة والسلام (خصه بالذكر) أي خص البائع بالذكر حيث قال : فالقول ما قاله البائع (وأقل فائدته) أي فائدة التخصيص (التقديم) يعني أنه عليه الصلاة والسلام جعل القول قول البائع ، وهذا بظاهره يقتضي الاكتفاء بيمينه ، فإذا كان لا يكتفي بيمينه فلا أقل من أن يبدأ بيمينه . وفي غاية البيان قال في شرح الأقطع جواباً عن هذا الحديث : إنما خص البائع بالذكر لأن يمين المشتري معلومة لا تشكل لقوله عليه الصلاة والسلام « واليمين على من أنكر » فسكت صلى الله عليه وسلم عما تقدم بيانه وبين ما يشكل ولم يتقدم بيانه انتهى . أقول : فيه نظر لأن قوله عليه الصلاة والسلام « واليمين على من أنكر » كما أنه دليل في حق المشتري دليل أيضاً في حق البائع ، فإنه قد مر أن كل واحد منهما ينكر في كل واحدة من الصور الثلاث المذكورة فيما إذا اختلفا قبل القبض وفيما إذا اختلفا بعد القبض . ففي صورة الاختلاف في الثمن بعد قبض المبيع المنكر هو المشتري ، وفي صورة الاختلاف في المبيع بعد قبض الثمن المنكر هو البائع ، فاستوى كل واحد من البائع والمشتري في الاندراج تحت قوله عليه الصلاة والسلام « واليمين على من أنكر » في أكثر الصور ، وعدم الاندراج تحته في بعض الصور ، فلا فرق بينهما في إشكال اليمين وعدم إشكالها ، وتقدم البيان وعدم تقدمه فلم يتم الجواب المذكور . ثم إن هذا الذي ذكر من لزوم الابتداء بيمين المشتري على القول الصحيح ، أو بيمين البائع على القول ولقائل أن يقول : هذا الحديث مخالف للمشهور ، فإن لم يكن مشهوراً فهو مرجوح ، وإن كان فكذلك للعموم المشهور ، أو بتعارضان ولا ترجيح ويبدأ بيمين المشتري وهو قول محمد وأبي يوسف آخره رواية عن أبي حنيفة وهو الصحيح دون ما قال أبو يوسف إنه يبدأ بيمين البائع لأن المشتري أشدهما إنكاراً لكونه أول من يطالب بالثمن فهو البادي بالإنكار ، وهذا يدل على تقدم الإنكار دون شدته ، ولعله أراد بالشدّة التقدم وهو الأنسب بالمقام ، لأنه لما تقدم في الإنكار تقدم في الذي يترتب عليه ، أو لأن فائدة النكول تتعجل بالبداية به وهو إلزام الثمن ، ولو بدئ بيمين البائع تأخرت المطالبة بتسليم المبيع إلى زمان استيفاء الثمن . وكان أبو يوسف يقول أولاً يبدأ بيمين البائع وذكر في المنتقى وأبو الحسن في جامعه أنه رواية عن أبي حنيفة ، وهو قول زفر لقوله عليه الصلاة والسلام (إذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع) وجه الاستدلال أنه عليه الصلاة والسلام خصه بالذكر ، وأقل فائدته التقديم : يعني أنه عليه الصلاة والسلام جعل القول قول البائع ، وذلك يقتضي الاكتفاء بيمينه ، لكن لا يكتفي بها فلا أقل من البداءة بها ، وإن كان العقد مقابضة أو صرفاً يبدأ القاضى بأيهما شاء لاستوائهما . قال (وصفة اليمين النخ) ذكر في الأصل صفة اليمين أن يحلف البائع بالله ما باعه بألف ، ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين . وقال في الزيادات : يحلف البائع بالله ما باعه

(قوله هذا الحديث مخالف للمشهور النخ) أقول : قال في النهاية : والحديث صحيح مشهور (قوله لعموم المشهور) أقول : فيطلب المخلص ويصح بينهما ما أمكن على ما بين في الأصول ، وذلك بحمل المشهور على ما عدا اختلاف المتبايعين (قوله أو بتعارضان ولا ترجيح) أقول : فهو معمول به قطماً فيما محل النزاع ، وهذا الحديث ليس كذلك (قال المصنف : وكان أبو يوسف ، إلى قوله : تقديم) أقول : وقد مر قبيل فصل التوكيل بشراء نفس العبد ما يمكن أن يكون جواباً عن التمسك بهذا الحديث .

(٢٧ - كلمة فتح القدير حق - ٨)

(وإن كان بيع عين بعين أو ثمن بثمن بدأ القاضي يمين أيهما شاء) لاستوائهما (وصفة اليمين أن يحلف البائع بالله ما باعه بألف ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين) وقال في الزيادات : يحلف بالله ما باعه بألف ولقد باعه بألفين ، ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين ولقد اشتراه بألف يضم الإثبات إلى النفي تأكيدا ، والأصح الاقتصار على النفي لأن الأيمان على ذلك وضعت ، دل عليه حديث القسامة « بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا » . قال (فإن حللنا فسخ القاضي البيع بينهما) وهذا يدل على أنه لا يفسخ بنفس التحالف لأنه لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيع مجهول فيفسخه القاضي قطعا للمنازعة . أو يقال إذا لم يثبت البذل يبقى بيعا بلا بدل وهو فاسد ولا بد من الفسخ في البيع الفاسد . قال (وإن نكل أحدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر) لأنه جعل باذلا فلم يبق دعواه معارضا لدعوى الآخر فلزم القول بثبوته .

الآخر إذا كان البيع بيع عين بثمن (وإن كان بيع عين بعين) وهو المسمى بالمقايضة (أو ثمن بثمن) أى بيع ثمن بثمن وهو المسمى بالصرف (بدأ القاضي يمين أيهما شاء) من البائع والمشتري (لاستوائهما) أى في الإنكار وفي فائدة النكول (وصفة اليمين أن يحلف البائع بالله ما باعه بألف ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين) كذا ذكره في الأصل (وقال في الزيادات : يحلف أى البائع) بالله ما باعه بألف ولقد باعه بألفين ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين ولقد اشتراه بألف يضم الإثبات إلى النفي تأكيدا) قال المصنف (والأصح الاقتصار على النفي لأن الأيمان على ذلك وضعت) أى على النفي وضعت لأعلى الإثبات ، كذا في النهاية ومعراج الدراية (دل عليه حديث القسامة « بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا ») وقال صاحب العناية : وفيه نظر ، لأن ذلك لا ينافي التأكيد انتهى . أقول : بل ينافيه ، لأن وضع الأيمان لما كان مقصورا على النفي كما يرشد إليه تفسيرنا المنقول عن النهاية ومعراج الدراية ودل عليه كلام المصنف حيث قال على ذلك وضعت ، بتقديم على ذلك وضعت دون تأخير عنه على ما هو حقه لإفادة لقصر وضعها على النفي المشار إليه بذلك لم يجر إدراج الإثبات في اليمين ولو بطريق التأكيد ، وإلا يلزم الظلم للمنكر بإلزام الزائد على ما يجب عليه شرعا ، إذ لا شك أن الذى يجب عليه شرعا ويكون حقا للمدعى إنما هو الإتيان بما وضعت له اليمين دون ما هو خارج عنه زائد عليه وهو الإثبات ، فلا بد من الاقتصار على النفي كما ذكر . ولبعض الفضلاء بصدد الجواب عن النظر المزبور كلمات طويلة الذيل ، جلها بل كلها مدخول ومجروح ، تركنا ذكرها وردها مخافة التطويل بلاطائل (قال) أى القدورى في مختصره (فإن حللنا فسخ القاضي البيع بينهما) أى إن طلبا أو طلب أحدهما ، كذا في الكافي والشروح . قال المصنف (وهذا) أى الذى ذكره القدورى (يدل على أنه) أى البيع (لا يفسخ بنفس التحالف) وقال في غاية البيان : وبه صرح في كتاب الاستحلاف لأبي حازم القاضي حيث قال : إذا تحالفا فسخ الحاكم البيع بينهما ولم يفسخ بالتحالف انتهى . وقال في الكافي : وقيل يفسخ بنفس التحالف ، والصحيح هو الأول انتهى (لأنه لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فبقى بيع مجهول) أى بى بيعا بثمن مجهول ، كذا في الكافي والكفاية . أقول : هذا لا يتم في صورة كون الاختلاف في المبيع دون الثمن . فالأولى أن يكون مراد المصنف أعم من ذلك : أى بى بيع المجهول إما بجهالة المبيع فيما إذا اختلفا في المبيع . وإما بجهالة الثمن فيما إذا اختلفا في الثمن ، وإما بجهالة المبيع والثمن معا فيما إذا اختلفا فيهما (فيفسخه القاضي قطعا للمنازعة) بينهما (أو يقال : إذا لم يثبت البذل) للتعارض بين قوليهما (يبقى بيعا بلا بدل وهو فاسد ، ولا بد من الفسخ في فاسد البيع) أى البيع الفاسد وهما لم يفسخاه فلا بد أن يقوم القاضي مقامهما . وفي المسوط : حل للمشتري وطء الجارية إذا كانت المبيعة ، فلو فسخ البيع بالتحالف لما حل للمشتري وطؤها ، كذا في الشروح (قال) أى القدورى في مختصره (وإن نكل أحدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر لأنه) أى الناكل (جعل باذلا) لصحة البذل في الأعواض (فلم يبق دعواه معارضا لدعوى الآخر فلزم القول بثبوته) أى بثبوت ما ادعاه الآخر لعدم المعارضة . أقول : في تقرير المصنف شيء ، وهو أنه ساق الدليل على أصل أى حنيفة

بألف ولقد باعه بألفين ، ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين ولقد اشتراه بألف ، يضم الإثبات إلى النفي تأكيدا ، والأصح الاقتصار على النفي لأن الأيمان وضعت للنفي كالبيّنات للإثبات : دل على ذلك حديث القسامة « بالله تعالى ما قتلتم ولا علمتم له

قال (وإن اختلفا في الأجل أو في شرط الخيار أو في استيفاء بعض الثمن فلا تحالف بينهما) لأن هذا اختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به ،

فقط حيث قال : وجعل باذلا ، والنكول عندهما إقرار لا بذل كما مر . ، فلا يتمشى ما ذكره على أصلهما مع أن مسئلتنا هذه اتفاقية بين أئمتنا ، فكان الأحسن أن يقول : لأنه صار مقرا بما يدعيه الآخر أو باذلا كما قال صاحب الكافي والإمام الزليعي . ثم اعلم أن الإمام الزليعي زاد في شرح هذا المقام من الكنز قيذا آخر حيث قال فلزمه إذا اتصل به القضاء . وقال وهو المراد بقول المصنف لزمه دعوى الآخر ، لأنه بدون اتصال القضاء به لا يوجب شيئا ، أما على اعتبار البذل فظاهر ، وأما على اعتبار أنه إقرار فلأنه إقرار فيه شبهة البذل فلا يكون موجبا بانفراده انتهى (قال) أى القدورى في مختصره (وإن اختلفا في الأجل) أى في أصله أو قدره ، كذا في الشروح (أو في شرط الخيار) أى في أصله أو قدره أيضا . كذا في معراج الدراية وغاية البيان (أوفى استيفاء بعض الثمن) وكذا الحكم فيما إذا اختلفا في استيفاء كل الثمن ، لكن لم يذكره المصنف لأن ذلك مفروغ عنه باعتبار أنه صار بمنزلة سائر الدعاوى ، كذا في النهاية ومعراج الدراية (فلا تحالف بينهما) عندنا ، وبه قال أحمد . وقال زفر والشافعي ومالك : يتحالفان . ولو اختلفا في أصل البيع لم يتحالفا بالإجماع ، كذا في معراج الدراية . ثم إن القول في مسائل الكتاب لمنكر الأجل ومنكر شرط الخيار ومنكر الاستيفاء ، وفي مسألة الاختلاف في أصل المبيع لمنكر العقد ذكر كلها هاهنا في الكافي وسيجيء بعضها في الكتاب . قال صاحب العناية : وإذا اختلفا في الأجل في أصله أو في قدره أو في شرط الخيار أو في استيفاء بعض الثمن فلا تحالف بينهما والقول قول البائع انتهى . وقال بعض الفضلاء : هذا ليس بسديد لأنه قد يكون القول قول المشتري إذا كان منكرا كما إذا كان مدعى الخيار هو البائع انتهى . أقول : هذا ظاهر ، ولكن الغالب أن صاحب العناية سلك هاهنا مسلك التغليب اعتمادا على ظهور هذه الصورة . قال المصنف في تحليل المسائل المذكورة (لأن هذا) أى الاختلاف في الأجل أو شرط الخيار أو استيفاء بعض الثمن (اختلاف في غير المعقود عليه) وهو المبيع (والمعقود به) وهو الثمن والاختلاف

قاتلا ، وفيه نظر لأن ذلك لا ينافى التأكيد ، فإن حلقا فسخ القاضى البيع بينهما إذا طلب أحدهما ، لأن الفسخ حقهما فلا بد من الطلب ، وهذا يدل على أنه لا يفسخ بنفس التحالف ، بل لابد من الفسخ ، لأنه لما لم يثبت مدعى كل منهما بى بيعا مجعولا فيفسخه الحاكم قطعا للمنازعة . أو يقال : إذا لم يثبت البذل بى بيعا بلا بدل وهو فاسد وسيله الفسخ فما لم يفسخ كان قائما ، قال في المبسوط : حل للمشتري وطء الجارية إذا كانت المبيعة ، وإن نكل أحدهما عن البين لزمه دعوى الآخر لأنه جعل باذلا لصحة البذل في الأعراض ، وإذا كان باذلا لم تبق دعواه معارضة لدعوى الآخر فلزم القول بشيئيه لعدم المعارض . قال (وإذا اختلفا في الأجل الخ) وإذا اختلفا في الأجل في أصله أو في قدره أو في شرط الخيار أو في استيفاء بعض الثمن فلا تحالف بينهما والقول قول البائع . وقال زفر والشافعي : يتحالفان لأن الأجل جار مجرى الوصف ، فإن الثمن يزداد عند زيادة الأجل ، والاختلاف في وصف الثمن يوجب التحالف فكذا هذا . ولنا أن هذا الاختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به ، والاختلاف

(قوله وفيه نظر لأن ذلك لا ينافى التأكيد) أقول : والجواب أن أحوج الأشياء إلى التوكيد أمر الدم لعظم موقعه وعلو قدره ، فإذا اقتصر في التحليف به على النفى دل على ما ذكره دلالة واضحة ، ولو سلم فقول المصنف : والأصح دون والصحيح للإشارة إليه فليتأمل ، فإنه يجوز أن يقال قوله ذلك إشارة إلى قوله لأن الأيمان وضعت للنفى الخ ، فإن الوضع للنفى لا ينافى التأكيد بالإثبات ، كما أن الوضع للإثبات لا ينافى التأكيد بالنفى ، فإنه يقول الشاهد أشهد أن فلانا مات وهذا وارثه ولا نعلم له وارثا غيره ، كذا في شرح الإتنافى ، وفيه نظر ، فإن تعرضه لحديث القسامة وعدم الاكتفاء بالقياس على البيئات يدفع هذا الكلام مع أن قولهم لا نعلم له وارثا غيره في معنى الإثبات حيث يثبت به استحقاق المشهود له بجميع التركة (قوله وإذا اختلفا في الأجل في أصله أو في قدره) أقول : التفسير في أصله وفي قدره راجع إلى الأجل (قوله والقول قول البائع) أقول : ليس بسديد لأنه قد يكون القول قول المشتري إذا كان منكرا كما إذا كان مدعى الخيار هو البائع (قوله فإن الثمن يزداد عند زيادة الأجل الخ) أقول : فيصير الأجل كالردة حيث يزيد عدد الثمن بها فلا يرد أن الأجل على ما ذكره يكون كالقدر

فأشبه الاختلاف في الحط والإبراء ، وهذا لأن بانعدامه لا يخل ما به العقد . بخلاف الاختلاف في وصف الثمن وجنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف في القدر في جريان التحالف لأن ذلك يرجع إلى نفس الثمن فإن الثمن دين وهو يعرف بالوصف ، ولا كذلك الأجل لأنه ليس بوصف ؛ ألا ترى أن الثمن موجود بعد مضيئه (والقول قول من ينكر الخيار والأجل مع يمينه) لأنهما يثبتان بعارض الشرط والقول لمنكر العوارض .

في غيرهما لا يوجب التحالف لأن التحالف عرف بالنص ، والنص إنما ورد عند الاختلاف فيما يتم به العقد . إذ قد علق فيه وجوب التحالف باختلاف المتبايعين ، وهو اسم مشتق من البيع فيتعلى وجوب التحالف باختلافهما فيما يثبت به البيع ، والبيع إنما يثبت بالمبيع والثمن لا بالأجل وشرط الخيار واستيفاء الثمن ، وكأنه قيل : إذا اختلف المتبايعان في المبيع أو في الثمن تحالفا ، فالاختلاف فيما ذكر من الأجل وشرط الخيار واستيفاء بعض الثمن لم يكن في معنى المنصوص عليه فلم يلحق به ، هذا زبدة ما في الشروح والكافي هاهنا (فأشبه الاختلاف في الحط) أي في الحط من الثمن (والإبراء) أي الإبراء عن الثمن ، ولا تحالف في الاختلاف فيهما ، بل القول قول من أنكر مع يمينه فكذا في الاختلاف في الأمور المذكورة (وهذا) أي كون الاختلاف في الأمور المذكورة اختلافا في غير المعقود عليه والمعقود به . ويجوز أن يشار به إلى الأقرب : أي شبه الاختلاف في الأمور المذكورة للاختلاف في الحط والإبراء (لأن بانعدامه) أي بانعدام ما ذكر من الأجل وشرط الخيار واستيفاء بعض الثمن (لا يخل) ما به قوام العقد لأن العقد بلا شرط وأجل جائز ، فإذا اختلفا في الشرط أو في الأجل وحالفا بقى العقد بلا شرط وأجل ، وأنه لا يوجب الفساد . وأما إذا اختلف في الثمن أو الثمن وحالفا لم يثبت ما ادعاه أحدهما فيبقى الثمن أو الثمن مجهولا ، وذلك يوجب الفساد . ووجه آخر وهو أن الاختلاف في الثمن أو الثمن يوجب الاختلاف في العقد ؛ ألا يرى أنه لو اختلف الشاهدان فشهد أحدهما بالبيع بألف درهم والآخر بالدنانير لا يقبل ، وإذا اختلفا في العقد كان كل منهما مدعيا ومنكرا . أما الاختلاف في الشرط والأجل فلا يوجب الاختلاف في العقد ؛ ألا ترى أنه لو شهد أحدهما أنه باعه بألف إلى شهر وشهد الآخر أنه باعه بألف يقضى بالعقد بألف حالة ، وكذا لو شهد أحدهما أنه باعه بشرط الخيار ثلاثة أيام وشهد الآخر أنه باعه ولم يذكر الخيار جازت الشهادة ، كذا في النهاية نقلا عن جامع الإمام قاضيه خان (بخلاف الاختلاف في وصف الثمن) كالجودة والرداءة (أو جنسه) كالدرهم والدنانير (حيث يكون) الاختلاف فيهما (بمنزلة الاختلاف في القدر) أي في قدر الثمن (في جريان التحالف لأن ذلك) أي الاختلاف في وصف الثمن (يرجع إلى نفس الثمن) أي إلى الاختلاف في نفس الثمن (فإن الثمن دين وهو) أي الدين (يعرف بالوصف) فلما اختلفا في الوصف وهو معرف صار اختلافهما في المعروف وهو الثمن (ولا كذلك الأجل) أي ليس الاختلاف فيه بمنزلة الاختلاف في قدر الثمن (لأنه) أي الأجل (ليس بوصف) بل هو أصل بنفسه لكنه يثبت بواسطة الشرط ، ونور هذا بقوله (ألا ترى أن الثمن موجود بعد مضيئه) أي بعد مضي الأجل ولو كان وصفا لتيه كذا في الكافي . قال في معراج الدراية : كذا قيل وفيه نوع تأمل انتهى (قال) أي القدوري في مختصره (والقول قول من ينكر الخيار والأجل مع يمينه لأنهما) أي الخيار والأجل (يثبتان بعارض الشرط) أي بشرط عارض على أصل العقد (والقول لمنكر العوارض) والحكم في استيفاء بعض الثمن كذلك ،

في غيرهما لا يوجب التحالف ، وهذا لأن التحالف ورد فيه النص عند الاختلاف فيما يتم به العقد والأجل وراء ذلك ، كشرط الخيار في أن العقد بغيرهما لا يخل فلم يكن في معنى المنصوص عليه حتى يلحق به فصار كالاختلاف في الحط والإبراء عن الثمن ، بخلاف الاختلاف في وصف الثمن بالجودة والرداءة وجنسه كالدرهم والدنانير حيث يكون الاختلاف فيهما كالاختلاف في قلوه في جريان التحالف ، لأن ذلك يرجع إلى نفس الثمن لكونه ديناً وهو يعرف بالوصف ، بخلاف الأجل فإنه ليس بوصف ؛ ألا ترى أن الثمن موجود بعد مضيئه والوصف لا يفارق الموصوف فهو أصل بنفسه لكنه يثبت بواسطة الشرط ، وإذا لم يكونا

(قوله فيما يتم به العقد) أقول : يدل عليه عنوان المتبايعين (قوله والوصف لا يفارق الموصوف) أقول : مبنى على الفرق بين الوصف والعارض

قال (فإن هلك المبيع ثم اختلفا لم يتحالفا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله والقول قول المشتري . وقال محمد رحمه الله : يتحالفاً ويفسخ البيع على قيمة الهالك) وهو قول الشافعي رحمه الله ، وعلى هذا إذا خرج المبيع عن ملكه أو صار بحال لا يقدر على رده بالعيب . لهما أن كل واحد منهما يدعى غير العقد الذي يدعيه صاحبه والآخر ينكره وأنه يقيد دفع زيادة الثمن

لأن بانهامه لا يختل ما به قوام العقد لبقاء ما يحصل ثمنا ، كذا في العناية (قال) أي القدوري في مختصره (فإن هلك المبيع ثم اختلفا) أي فإن هلك المبيع بعد قبض المشتري ثم اختلفا في مقدار الثمن ، كذا في الشروح ، وعزاه في النهاية ومعراج الدراية إلى المبسوط (لم يتحالفا عند أبي حنيفة وأبي يوسف والقول قول المشتري) أي مع يمينه (وقال محمد : يتحالفاً ويفسخ البيع على قيمة الهالك وهو قول الشافعي ، وعلى هذا) أي على هذا الخلاف (إذا خرج المبيع عن ملكه) أي ملك المشتري (أو صار) أي المبيع (بحال لا يقدر) أي المشتري (على رده بالعيب) يحدث عيب في يده (لهما) أي لمحمد والشافعي رحمهما الله (أن كل واحد منهما) أي من البائع والمشتري (يدعى غير العقد الذي يدعيه صاحبه والآخر ينكره) فإن البيع بألف غير البيع بألفين ؛ ألا يرى أن شاهدي البيع إذا اختلفا في مقدار الثمن لانتقل الشهادة (وأنه يفيد دفع زيادة الثمن) اعلم أن حل هذه المقدمة وربطها بالمقام من مشكلات هذا الكتاب ، ولهذا كان للسراخ هاهنا طرائق قددا ولم يأت أحد منهم بما يشئ الغليل . فقال صاحب النهاية : أي وأن التحالف يفيد إعطاء المشتري زيادة الثمن التي يدعيها البائع على تقدير نكول المشتري عن الحلف ، فإن فائدة اليمين النكول ، وهذا جواب سؤال مقدر وهو أن يقال : ما فائدة التحليف على قول محمد بعد الهلاك مع عدم حكمه فإن حكم التحالف التراد وامتنع التراد بالهلاك فلا فائدة في التحالف . فأجاب عنه وقال : بل فيه فائدة وهي دفع المشتري الزيادة التي يدعيها البائع على تقدير نكول المشتري لذلك يتحالفاً . فإن قيل : هذا يحصل بتحليف المشتري حينئذ فما

وصفين ولا راجعين إليه كانا عارضين بواسطة الشرط ، والقول لمن ينكر العوارض ، والحكم باستيفاء بعض الثمن كذلك لأن بانهامه لا يختل ما به قيام العقد لبقاء ما يحصل ثمنا ، ولو اختلفا في استيفاء كل الثمن فالحكم كذلك ، لكنه لم يذكره لكونه مفروغا عنه باعتبار أنه صار ذلك بمنزلة سائر الدعاوى . وإذا اختلفا في مضي الأجل فالقول للمشتري ، لأن الأجل حقه وهو ينكر استيفاءه . قال (فإن هلك المبيع ثم اختلفا الخ) فإن هلك المبيع في يد المشتري أو خرج عن ملكه أو صار بحال لا يقدر على رده بالعيب ثم اختلفا لم يتحالفا عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، والقول قول المشتري . وقال محمد والشافعي : يتحالفاً ، ويفسخ البيع على قيمة الهالك لأن الدلائل الدالة على التحالف لاتفصل بين كون السلعة قائمة أو هالكة ، أما الدليل القلبي فهو قوله صلى الله عليه وسلم (إذا اختلف المتبايعان تحالفاً وتراداً) ولا يعارضه ما في الحديث الآخر من قوله « والسلعة قائمة » لأنه مذكور على سبيل التنبيه : أي تحالفاً وإن كانت السلعة قائمة ، فإن عند ذلك تمييز الصادق من الكاذب ، فتحكم قيمة السلعة في الحال مثلاً ، ولا كذلك بعد الهلاك . فإذا جرى التحالف مع إمكان التمييز فمع عدمه أولى . وأما القلبي فما ذكره في الكتاب أن كل واحد منهما يدعى عقداً غير الذي يدعيه صاحبه والآخر ينكره فيتحالفاً كما في حال قيام السلعة . فإن قيل : هذا قياس فاسد لأنه حال قيامها يفيد التراد ولا فائدة له بعد الهلاك . أجاب بقوله (فإنه) يعني التحالف (يفيد دفع زيادة الثمن) يعني أن التحالف يدفع عن المشتري زيادة الثمن التي يدعيها البائع عليه بالنكول ، وإذا حلف البائع اندفعت الزيادة المدعاة فكان مفيداً ، كما إذا

(قوله والحكم باستيفاء) أقول : الظاهر في استيفاء (قوله بعض الثمن كذلك لأن بانهامه الخ) أقول : الضمير في قوله بانهامه راجع إلى بعض الثمن (قوله لبقاء ما يحصل ثمنا الخ) أقول : فيه شيء يجوز دفعه بإرجاع ضمير انعدامه إلى الاستيفاء (قوله ثم اختلفا لم يتحالفاً) أقول : يعني ثم اختلفا في قدر الثمن (قوله يفيد دفع زيادة الثمن الخ) أقول : فإن قيل : دافع زيادة الثمن المدعاة حلف المشتري ليس إلّا قلنا ، إذا حلف البائع بعد حلف المشتري يفسخ على القيمة ويدفع الزيادة المدعاة (قوله بالنكول) أقول : أي بنكول المشتري ، وقوله بالنكول متعلق بزيادة في قوله يدفع عن المشتري زيادة الثمن (قوله وإذا حلف البائع) أقول : يعني بعد حلف المشتري .

فائدة تحليف البائع ؟ قلنا : لم يحصل تمام الفائدة بتحليف المشتري . فإن المشتري إذا نكل يجب الثمن الذي ادعاه البائع ، والبائع إذا نكل يندفع عن المشتري ما ادعاه البائع عليه من الزيادة فيتحالفان ، إلى هنا كلامه . وقد اقتنى أثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه في أكثر المحال . أقول : فيه بحث ، أما أولا فلأنه لما فسر الدفع الواقع في كلام المصنف بالإعطاء على البائع أن يكون من دفع إليه لامن دفع عنه حيث قال : أى وإن التحالف يفيد إعطاء المشتري زيادة الثمن التي يدعيها البائع على تقدير نكول المشتري عن الحلف وجعل مراد المصنف أن فائدة التحالف عند محمد هي إعطاء المشتري الزيادة التي يدعيها البائع على تقدير نكول المشتري انجبه عليه السؤال الذي ذكره بقوله : فإن قيل بالضرورة ، ولم يدفعه ما ذكره جوابا عنه أصلا ؛ لأنه إن أراد أنه لا تحصل تمام الفائدة التي حمل عليه مراد المصنف ها هنا بتحليف المشتري فليس بصحيح ، إذ لا شك أنه إذا حلف المشتري وحده ونكل عن الحلف يجب عليه إعطاؤه زيادة الثمن التي يدعيها البائع ، وإن أراد أنه لا يحصل تمام الفائدة الحقيقية بتحليف المشتري فلا يفيد شيئا في دفع السؤال لأن مورده ما حمل عليه مراد المصنف ها هنا . وأما ثانيا فلأنه إن أراد بقوله في الجواب والبائع إذا نكل الخ أنه إذا نكل بعد نكول المشتري يندفع عن المشتري ما ادعى عليه البائع من الزيادة فليس بصحيح ، إذ قد تقرّر فيما مرّ أنه إذا نكل أحد المتعاقدين عن الميمين لزمه دعوى الآخر ، فبعد نكول المشتري يلزمه دعوى البائع فلا يجوز تحليفه فكيف يتصور نكوله ، وإن أراد به أنه إذا نكل بعد حلف المشتري يندفع عن المشتري ما ادعى عليه البائع من الزيادة يتجه عليه أن في هذه الصورة يندفع عن المشتري ذلك بحلفه السابق فلا تأثير فيه لنكول البائع . وأيضا يتجه على مجموع الجواب أن الأمر الثاني وهو اندفاع الزيادة عن المشتري يحصل بتحليف المشتري إن حلف ، كما أن الأمر الأول وهو وجوب إعطاء الزيادة على المشتري يحصل بتحليفه إن نكل ، فتمام الفائدة الذي ذكره وهو أحد الأمرين لا يعينه يحصل بتحليف المشتري وحده فلم تظهر فائدة تحليف البائع قط . وقال صاحب الكفاية وتاج الشريعة : يعنى أن التحالف يفيد دفع زيادة الثمن عن المشتري عند نكول البائع فكان التحالف مفيدا انتهى . أقول : فيه أيضا بحث ، لأنهما حملا الدفع الواقع في كلام المصنف على معنى المنع حيث جعلاه من دفع عنه كما ترى ، واعتبرا بظهور الفائدة عند نكول البائع ، فيتجه على ما ذهبنا إليه أن نكول البائع إنما يتصور بعد حلف المشتري لا بعد نكوله لما بيناه آنفا ، وعند حلف المشتري قد حصلت هذه الفائدة : أعنى دفع زيادة الثمن عن المشتري فالفائدة في تحليف البائع ونكوله بعد ذلك . وقال صاحب العناية : وإنه يعنى التحالف يفيد دفع زيادة الثمن : يعنى أن التحالف يدفع عن المشتري زيادة الثمن التي يدعيها البائع عليه بالنكول ، وإذا حلف البائع اندفعت الزيادة المدعاة فكان مفيدا انتهى . أقول : وفيه أيضا بحث لأنه جعل الدفع الواقع في كلام المصنف من دفع عنه كما ترى ، فالظاهر أن قوله بالنكول متعلق بقوله يدفع عن المشتري ، وأن مراده بالنكول نكول البائع دون نكول المشتري ، لأن الذى يقتضى دفع زيادة الثمن عن المشتري إنما هو نكول البائع ، وأما نكول المشتري فيقتضى دفعه زيادة الثمن بمعنى إعطائه إياها فإذا بثول قوله : يعنى أن التحالف يدفع عن المشتري زيادة الثمن التي يدعيها البائع عليه بالنكول إلى ما ذكره صاحب الكفاية وتاج الشريعة كما مرّ فبرّد عليه ما يرد على ذلك ويزداد إشكال قوله وإذا حلف البائع اندفعت الزيادة المدعاة ، لأن مدلوله أن يكون اندفاع الزيادة المدعاة بحلف البائع ، ومدلول قوله السابق أن يكون اندفاعها بنكول البائع فيلزم أن يتحد حلف البائع ونكوله حكما وهذا ظاهر الفساد . فإن قلت : يجوز أن يكون معنى قوله اللاحق وإذا حلف البائع بعد حلف المشتري اندفعت الزيادة المدعاة بأن يفسخ البيع على قيمة المالك ، ومعنى قوله السابق إذا نكل البائع تندفع الزيادة المدعاة عن المشتري بأن يقضى بما ادعاه المشتري وهو أقل الثمنين لأن يفسخ البيع على قيمة المالك ، فاختلف حكم حلف البائع وحكم نكوله بهاتين الجهتين وهو كاف . قلت : لا يتعين أن يكون قيمة المالك أنقص مما ادعاه البائع ، بل يجوز أن تكون مساوية له بل أزيد منه . فلا يلزم من فسخ البيع على قيمة المالك اندفاع

فيتحالفان ؛ كما إذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة . ولأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أن التحالف بعد القبض على خلاف القياس لأنه سلم للمشتري ما يذعيه وقد ورد الشرع به في حال قيام السلعة .

الزيادة المدعاة ، فلا يتم حل معنى قوله اللاحق على ما ذكر . فإن قيل : يجوز أن تكون كلمة حلف في قوله وإذا حلف البائع الخ على صيغة المبني للمفعول من التفصيل ، وأن يكون المعنى وإذا حلف البائع اندفعت الزيادة المدعاة : أي بنكول البائع لا يحلفه فلا يلزم المحذور المذكور وهو اتحاد حكم حلف البائع ونكوله . قلنا : فحينئذ يلزم استدراك قوله اللاحق لحصول هذا المعنى بعينه من قوله السابق كما لا يخفى . ثم إن بعض الفضلاء قصد حل كلام صاحب العناية هاهنا فقال في تفسير قوله بالنكول أي بنكول المشتري ، وقال وقوله بالنكول متعلق بزيادة في قوله يدفع عن المشتري زيادة الثمن ، وقال في تفسير قوله وإذا حلف البائع : يعني بعد حلف المشتري ، وقال : فإن قيل : دافع زيادة الثمن المدعاة حلف المشتري ليس إلا . قلنا : إذا حلف البائع بعد حلف المشتري يفسخ على القيمة وتندفع الزيادة المدعاة انتهى . أقول : جملة ما ذكره ليست بشيء ، أما في تفسير قوله بالنكول بنكول المشتري وجعل قوله بالنكول متعلقا بزيادة في قوله يدفع عن المشتري زيادة الثمن فلا أنه لا يكون للكلام حينئذ معنى معقول أصلا ، لأنه إن كان المعنى يدفع عن المشتري زيادة الثمن الكائنة : أي الثابتة في الواقع بنكول المشتري فلا وجه له لأن زيادة الثمن إن ثبتت في الواقع ثبتت بالعقد لا غير ، وإن كان المعنى يدفع عن المشتري زيادة الثمن الثابتة في علم القاضي بنكول المشتري فلا صحة له ، لأن زيادة الثمن إذا ثبتت في علم القاضي بنكول المشتري يجب على المشتري فكيف يدفعها التحالف عنه ، بل لا يتصور التحالف عند نكول المشتري أصلا على ما مر غير مرة . وأما قوله يعني بعد حلف المشتري فلورود السؤال الذي ذكره بقوله فإن قيل الخ عليه . وأما جوابه عن هذا السؤال فلسقوطه بما ذكرناه آنفا من أنه لا يلزم من فسخ البيع على القيمة اندفاع الزيادة المدعاة لجواز أن تكون القيمة مساوية للزيادة المدعاة بل أزيد منها . وقال صاحب غاية البيان : قوله وإنه يفيد دفع زيادة الثمن : أي أن دعوى المشتري يفيد ذلك وتذكير الضمير بتأويل الادعاء انتهى . أقول : وفيه أيضا بحث ، لأن دعوى المشتري لا تفيد دفع زيادة الثمن سواء كان المراد بالدفع معنى الإعطاء أو معنى المنع ، وإنما الذي يفيد دفعها بنية المشتري أو حلفه إن كان المراد بالدفع معنى المنع ، ونكوله إن كان المراد به معنى الإعطاء ، على أن الذي يقتضيه المقام بيان فائدة التحالف لا بيان فائدة دعوى المشتري ولا بيان فائدة تخليفه فقط ، فلو كان مراد المصنف ما ذكره فات مقتضى المقام كما لا يخفى على ذوي الأفهام (فيتحالفان) هذا نتيجة الدليل المذكور . كما إذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة (بأن ادعى أحدهما العقد بالدرهم والآخر بالذناير فإنهما يتحالفان ويلزم المشتري رد القيمة) ولأبي حنيفة وأبي يوسف أن التحالف بعد القبض على خلاف القياس لما أنه سلم للمشتري ما يذعيه وقد ورد الشرع به (أي بالتحالف (في حال قيام السلعة) وهو قوله

اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة فادعى أحدهما العقد بالدرهم والآخر بالذناير تحالفا ولزم المشتري رد القيمة . ولأبي حنيفة وأبي يوسف أن الدليل النقل والعقل يفصل بينهما ، فإلحاق أحدهما بالآخر جمع بين أمرين : حكم الشرع بالتفريق بينهما وذلك فساد الوضع . أما الأول فلأن قوله صلى الله عليه وسلم « البيعة على المدعى واليمين على من أنكر » بوجب العين على المشتري خاصة لأنه المنكر في هذه الصورة ، بخلاف ما قبل القبض كما تقدم ، وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم « والسلعة قائمة » ولا معنى لما قيل إنه مذكور على سبيل التنبيه لأنه ليس بمعنى مقصود بل هو كالتأكيد ، والتأسيس أولى على أنه إما معطوف على الشرط أو حال فيكون مذكورا على سبيل الشرط . وأما الثاني فلأن التحالف بعد القبض على خلاف القياس لما سلم للمشتري ما يذعيه ، وقد ورد الشرع به حال قيام السلعة لما ذكرنا فلا يتعدى إلى غيره . فإن قيل : فليكن ملحقا بالدلالة . أجب بقوله والتحالف فيه : أي في حال القيام يفضى إلى الفسخ فيندفع به الضرر عن كل واحد منهما برد رأس ماله بعينه إليه ، ولا كذلك بعد هلاكها ، ألا ترى أنه لا يفسخ بالإقالة والرد بالعيب فكذا بالتحالف فليس في معناه بطل الإلحاق بالدلالة أيضا

(قوله ولأبي حنيفة وأبي يوسف ، إلى قوله : بالتفريق بينهما) أقول : أفت خير بأن الفاصل بينهما هو القياس على ما ذكره لا الدليل النقل (قوله وكذلك قوله عليه الصلاة والسلام « والسلعة قائمة ») أقول فيه تأمل ، فإن الفصل لا يفهم إلا بطريق المفهوم وهو ليس بحجة شرعية

والتحالف فيه يفضى إلى الفسخ، ولا كذلك بعد هلاكها لارتفاع العقد فلم يكن في معناه ولأنه لا يبالى بالاختلاف في السبب بعد حصول المقصود، وإنما يراعى من الفائدة ما يوجب العقد. وفائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته

صلى الله عليه وسلم « إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا » فلا يتعدى إلى حال هلاك السلعة. فإن قيل : فليكن حال هلاك السلعة ملحقا بحال قيام السلعة بالدلالة. أجاب بقوله (والتحالف فيه) أى في حال قيام السلعة (يفضى إلى الفسخ) فيندفع به الضرر عن كل واحد منهما برء رأس ماله بعينه إليه (ولا كذلك بعد هلاكها) أى بعد هلاك السلعة (لارتفاع العقد) أى بالهلاك ؛ ألا يرى أنه لا يفسخ بالإقالة والردّ بالعيب بعد هلاك السلعة فكذا بالتحالف إذ النسخ لا يرد إلا على ما ورد عليه العقد (فلم يكن في معناه) أى فلم يكن وقت هلاك السلعة في معنى وقت قيام السلعة فبطل الإلحاق أيضا (ولأنه لا يبالى بالاختلاف في السبب بعد حصول المقصود) هذا جواب عن قول محمد والشافعي أن كل واحد منهما يدعى غير العقد الذى يدعي صاحبه والآخر ينكره : أى لا يبالى باختلاف السبب بعد حصول المقصود وهو سلامة المبيع للمشتري حيث سلم له وهلك على ملكه ، سواء كان الأمر على ما زعم هو أو البائع ، فلغا ذكر السبب وصار بمنزلة اختلافهما في ألف وألفين بلا سبب فيكون اليمين على منكر الألف الزائد ، وهذا بخلاف ما لو اختلفا في جنس الثمن لأن البائع يدعى الدنانير والمشتري ينكر ، والمشتري يدعى الشراء بالدرهم والبائع ينكر ، وإنكاره صحيح لأن المبيع لا يسلم للمشتري إلا بثمن ولم يتفقا على ثمن وهنا اتفاقا على الألف وهو يكفي للصحة ، كذا قرر المقام في الكفاية ومعراج الدراية أخذا من الكافي . وقال صاحب العناية في تقريره : قوله ولأنه لا يبالى الخ جواب عن قولهما إن كل واحد منهما يدعى غير العقد الذى يدعي صاحبه وهو قول بموجب العلم : أى سلمنا ذلك لكن لا يضرنا فيما نحن فيه ، لأن اختلاف السبب إنما يعتبر إذا أفضى إلى التناكر وهاهنا ليس كذلك ، لأن مقصود المشتري وهو تملك المبيع قد حصل بقبضه وتم بهلاكه وليس يدعى على البائع شيئا ينكره ليجب عليه اليمين. ثم قال : ونوقض بحال قيام السلعة وبما إذا اختلفا بيعا وهبة ، فإن في كل واحد منهما المقصود حاصل والتحالف موجود لاختلاف السبب . وأجيب عن الأول بثبوتها بالنص على خلاف القياس ، وعن الثاني بأنه على الاختلاف ، والمذكور في بعض الكتب قول محمد انتهى (وإنما يراعى من الفائدة ما يوجب العقد ، وفائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته) هذا أيضا جواب عن قولهما وإنه يفيد دفع زيادة الثمن : يعنى أن المراعى من الفائدة ما يكون من موجبات العقد ، وفائدة دفع زيادة الثمن ليست منها بل من موجبات النكول ،

(قوله ولأنه لا يبالى) جواب عن قولهما إن كل واحد منهما يدعى غير العقد الذى يدعي صاحبه وهو قول بموجب العلة : أى سلمنا ذلك ، لكن لا يضرنا فيما نحن فيه لأن اختلاف السبب إنما يعتبر إذا أفضى إلى التناكر ، وهاهنا ليس كذلك لأن مقصود المشتري وهو تملك المبيع قد حصل بقبضه وتم بهلاكه ، وليس يدعى على البائع شيئا ينكره ليجب عليه اليمين . ونوقض بحال قيام السلعة وبما إذا اختلفا بيعا وهبة ، فإن في كل واحد منهما المقصود حاصل والتحالف موجود لاختلاف السبب . وأجيب عن الأول بثبوتها بالنص على خلاف القياس ، وعن الثاني بأنه على الاختلاف والمذكور في بعض الكتب قول محمد . وقوله (وإنما يراعى) جواب عن قولهما وأنه يفيد دفع زيادة الثمن ، ومعناه أن المراعى من الفائدة ما يكون من موجبات العقد ، وما ذكرتم

فلا يلزم من إلحاق المذكور فساد الوضع (قوله ولا كذلك بعد هلاكها) أقول : لظهور أنه لا يعود إلى كل منهما رأس ماله (قوله أى سلمنا ذلك لكن لا يضرنا) أقول : قال العلامة الزيلعي في باب المراجعة : ولا معنى لقولهما : إن كل واحد منهما يدعى عقدا غير ما يدعيه الآخر ، فإن العقد لا يختلف قدر الثمن من جنس واحد ؛ ألا يرى أن الوكيل بالبيع بألف يبيعه بألفين وأن المبيع بألف يصير بألفين بالزيادة في الثمن وبخمسائة بالحلط انتهى . وفيه تأمل ، فإن الوكيل بالبيع بألف يجوز له البيع بألفين دلالة كما سبق تفصيله ، ولا يلزم منه اتحاد البيعين (قال المصنف : وإنما يراعى من الفائدة ما يوجب العقد) أقول : فيه تأمل (قوله ومعناه أن المراعى من الفائدة) أقول : فيه بحث . لأنه إن أراد أن المراعى من الفائدة التحالف لا يستقيم قوله لا يكون من موجبات العقد وهو ظاهر ، وإن أراد أن المراعى من الفائدة

وهذا إذا كان الثمن ديناً . فإن كان عيناً يتحالفان لأن المبيع في أحد الجانبين قائم فتوفر فائدة الفسخ ثم يرد مثل الهالك إن كان له مثل أو قيمته إن لم يكن له مثل . قال (وإن هلك أحد

وليس الميمن من موجبات العقد حتى يكون النكول من موجباته فلا يترك بها ما هو من موجباته وهو ملك المبيع وقبضه . هذا زيدة مافى الشروح . واعتراض عليه بعض الفضلاء بأن ملك المبيع وقبضه باق على حاله على تقدير التحالف ، غاية أنه يملكه بالقيمة فلا يلزم ترك موجب العقد به انتهى . أقول : مدار هذا الاعتراض على عدم فهم معنى المقام وزعم أن المراد بملك المبيع وقبضه ملك البائع المبيع وقبضه إياه . وليس المراد به ذلك قطعاً : إذ لاشك أن الذى من موجبات العقد هو ملك المشتري المبيع وقبضه إياه . وأما ملك البائع المبيع وقبضه إياه فمن موجبات الفسخ دون العقد . وهذا مما لاسترة به . ثم إن قوله غايته أنه يملكه بالقيمة الخ كلام ساقط مع قطع النظر عن ذلك تأمل تقف . ثم إن صاحب العناية بعد شرح هذا المقام قال : وفيه نظر ، لأننا قد اعتبرنا حال قيام السلعة الترادف فائدة للتحالف وليس من موجبات العقد . والجواب أنه ثبت بالنص على خلاف القياس انتهى . واعتراض بعض الفضلاء على الجواب بأن قال فيه تأمل فإنه قبل القبض على وفاق القياس انتهى . أقول : لم يعتبر الترادف فائدة للتحالف إلا بعد القبض ، إذ الرد إنما يتصور بعد القبض فكان الجواب المزبور دافعا للنظر المذكور . نعم لقاتل أن يقول : الظاهر أن للتحالف قبل القبض فائدة ما ، فأى شيء اعتبر فائدة للتحالف قبل القبض لم يكن من موجبات العقد البتة ، لأن موجب التحالف فسخ العقد وحكم الفسخ يخالف حكم العقد قطعاً فينتقض به قولهم وإنما يراعى من الفائدة ما يوجب العقد (وهذا) أى وهذا الذى ذكرناه من الاختلاف فى التحالف عند صورة هلاك المبيع (إذا كان الثمن ديناً) أى ثابتاً فى الذمة بأن كان من الدراهم أو الدينار أو المكيلات أو الموزونات الموصوفة الثابتة فى الذمة (فإن كان عيناً) أى فإن كان الثمن عيناً كالنوب والفرس ونحو ذلك بأن كان العقد مقايضة وهلك أحد العوضين (يتحالفان) أى بالاتفاق (لأن المبيع فى أحد الجانبين قائم) فإن كل واحد من العوضين فى بيع المقايضة مبيع وثمن ، ولا يتعين أحدهما للثمنية بدخول الباء كما تقرر فى كتاب البيوع (فتوفر فائدة الفسخ) وهو الترادف فريد القائم (ثم يرد مثل الهالك إن كان له مثل أو قيمته إن لم يكن له مثل) هذا إذا اختلفا فى قدر البدل ، وإن اختلفا فى كون البدل ديناً أو عيناً إن ادعى المشتري أنه كان عيناً يتحالفان عندهما . وإن ادعى البائع أنه كان عيناً وادعى المشتري أنه كان ديناً لا يتحالفان فالقول قول المشتري ، كذا فى الكفاية (قال) أى القدورى فى مختصره (وإن هلك أحد

ليس منها فإنه من موجبات النكول ، والنكول من موجبات التحالف ، والتحالف ليس من موجبات العقد فلا يترك به ما هو من موجباته . وهو ما ذكرناه من ملك المبيع وقبضه ، وفيه نظر لأننا قد اعتبرنا حال قيام السلعة الترادف فائدة للتحالف ، وليس التحالف من موجبات العقد . والجواب أنه ثبت بالنص على خلاف القياس (وهذا) أى هذا الاختلاف (إذا كان الثمن ديناً) ثابتاً فى الذمة كالدراهم والدينار والمكيلات والموزونات الموصوفة الثابتة فى الذمة (فأما إذا كان عيناً) بأن كان العقد مقايضة وهلك أحد العوضين ، فإنهما (يتحالفان لأن المبيع فى أحد الجانبين قائم فتوفر فائدة الفسخ) وهو الترادف (ثم يرد مثل الهالك إن كان مثلياً أو قيمته إن لم يكن) قال (وإن هلك أحد

العقد فليس الكلام فيه بل فى فائدة التحالف فليتأمل . وجوابه أننا نختار الأول وعدم استقامة ذلك بمنوع (قوله فإنه من موجبات النكول) أقول : لعل المراد نكول البائع لظهور أنه ليس موجب نكول المشتري لكن فيه تأمل ، فإن الظاهر أنه موجب حلف المشتري وكيف يكون من موجبات النكول ، فإنه إذا لم ينكل أحدهما بل حلف كل منهما يحصل دفع الزيادة المدعاة . وجوابه أنه مبنى على التزل وإرخاء العنان للمخيم ، لكنه قال فى تقرير كلام محمد والشافعى : وإذا حلف البائع أنه قبضت الزيادة (قوله والنكول من موجبات التحالف) أقول : فيه بحث (قوله فلا يترك به ما هو من موجباته الخ) أقول : فيه أن ملك المبيع وقبضه باق على حاله على تقدير التحالف ، غايته أنه يملكه بالقيمة فلا يلزم ترك موجب العقد به (قوله وليس التحالف من موجبات العقد) أقول : بل من موجباته ، فإنه تبين بالتحالف فساد على ما مر فى الدرس السابق وموجب العقد الفساد الفسخ (قوله والجواب أنه ثبت بالنص على خلاف القياس) أقول : فيه تأمل ، فإنه قبل القبض على وفاق القياس .

العبدین ثم اختلفا فی الثمن لم يتحالفا عند أبي حنيفة إلا أن يرضى البائع أن يترك حصّة الهالك من الثمن . وفي الجامع الصغير : القول قول المشتري مع يمينه عند أبي حنيفة إلا أن يشاء البائع أن يأخذ العبد الحيّ ولا شيء له . وقال أبو يوسف : يتحالفان في الحيّ ويفسخ العقد في الحيّ ، والقول قول المشتري

العبدین) أي بعد قبضهما : كذا في الشروح (ثم اختلفا في الثمن لم يتحالفا عند أبي حنيفة إلا أن يرضى البائع أن يترك حصّة الهالك) يعني إذا باع الرجل عبدین صفقة واحدة وقبضهما المشتري فهلك أحدهما ثم اختلفا في الثمن فقال البائع بعتهما منك بألني درهم وقال المشتري اشتريتهما منك بألف درهم لم يتحالفا عند أبي حنيفة إلا أن يرضى البائع أن يترك حصّة الهالك (وفي الجامع الصغير : القول قول المشتري) أي فيهما ، كذا في كثير من الشروح (مع يمينه عند أبي حنيفة إلا أن يشاء البائع أن يأخذ العبد الحيّ ولا شيء له من قيمة الهالك) وإنما أعاد ذكر لفظ الجامع الصغير ، لأن لفظه يقتضي أن يكون المستثنى منه يمين المشتري ولفظ القدوري الذي هو لفظ المبسوط يقتضي أن يكون المستثنى منه عدم التحالف ، لأن المذكور قبل الاستثناء هناك قوله لم يتحالفا (وقال أبو يوسف : يتحالفان في الحيّ ويفسخ العقد في الحيّ) قال صاحب العناية : وقوله في تحرير المذاهب يتحالفان في الحيّ ليس بالصحيح على ما سيأتي انتهى . أقول : يعني أن قوله هاهنا يتحالفان في الحيّ ليس بملا بس بالتفسير الصحيح للتحالف على قول أبي يوسف على ما سيأتي ، وهو أن يتحالفا على القائم والهالك معا لأن يتحالفا على القائم فقط كما قاله بعضهم ، ولكن فيه نظر ، إذ يمكن تطبيق قوله هذا على ما سيأتي من التفسير الصحيح ، فإنه لم يقل هاهنا يتحالفان على الحيّ حتى تكون كلمة على صلة التحالف فيثول المعنى إلى التفسير الغير الصحيح ، بل قال يتحالفان في الحيّ فيجوز أن تكون كلمة في بمعنى اللام ويصير المعنى يتحالفان لأجل الحيّ كما في قوله تعالى - فذلكن الذي لمتني فيه - وكما في الحديث « أن امرأة دخلت النار في هرة حبستها » على مانص عليه في معنى اللبيب . ولا يخفى أن كون تحالفهما لأجل الحيّ : أي كون المقصود من تحالفهما فسخ العقد في الحيّ لا ينافي أن يتحالفا على الحيّ والميت معا كما هو الصحيح ليفيد التحالف على ما سيأتي بيانه (والقول قول المشتري

العبدین ثم اختلفا الخ) وإذا باع الرجل عبدین صفقة واحدة وقبضهما المشتري فهلك أحدهما ثم اختلفا في الثمن فقال البائع بعتهما منك بألني درهم وقال المشتري اشتريتهما منك بألف درهم لم يتحالفا عند أبي حنيفة إلا أن يرضى البائع أن يترك حصّة الهالك (وفي الجامع الصغير : القول قول المشتري مع يمينه عند أبي حنيفة إلا أن يشاء البائع أن يأخذ الحيّ ولا شيء له) واختلاف هاتين الروايتين في اللفظ لا يمتحن . واختلف المشايخ في توجيه قوله أن يترك حصّة الهالك ، وقوله أن يأخذ الحيّ ولا شيء له ، وفي مصرف الاستثناء في الروايتين جميعا قالوا : معنى الأول أن يخرج الهالك من العقد وكأنه لم يكن وصار الثمن كله بمقابلة القائم ، والاستثناء ينصرف إلى التحالف لأنه المذكور في الكلام فكان تقدير كلامه لم يتحالفا إلا إذا ترك البائع حصّة الهالك فيتحالفان ، والمراد من قوله في الجامع الصغير يأخذ الحيّ ولا شيء له معناه : لا يأخذ من ثمن الهالك شيئا أصلا وعلى هذا عانهم . وقال بعضهم : معناه لم يتحالفا ، والقول قول المشتري مع يمينه ، إلا أن يرضى البائع أن يأخذ الحيّ ولا يأخذ من ثمن الهالك شيئا آخر إذا حل ما أقر به المشتري ، وعلى هذا ينصرف الاستثناء إلى يمين المشتري لا إلى التحالف ، لأنه لما أخذ البائع بقول المشتري وصدقه لا يحلف المشتري ، وكلام المصنف يشير إلى أن أخذ الحيّ لم يكن بطريق الصلح كما نقله صاحب النهاية عن الفوائد الظهيرية ، بل بطريق تصديق المشتري في قوله وترك ما يذعيه عليه وهو أولى لما قال شيخ الإسلام إنه لو كان بطريق الصلح لكان معلقا بمشيئتهما . قيل : والصحيح هو الثاني لأن البائع لا يترك من ثمن الميت شيئا مما أقر به المشتري ، إنما يترك دعوى الزيادة (وقال أبو يوسف : يتحالفان في الحيّ ويفسخ العقد في الحيّ ، والقول قول المشتري

(قوله بل بطريق تصديق المشتري في قوله) أقول : الضمير في قوله راجع إلى المشتري (قوله لكان معلقا بمشيئتهما) أقول : فيه أن أخذ الحيّ يكون معلقا بمشيئتهما البتة ، وإنما الذي لا يتعلق بمشيئة المشتري أخذ ما أقر به من ثمن الهالك (قوله قيل والصحيح الخ) أقول : القائل

في قيمة الهالك . وقال محمد : يتحالفان عليهما ويرد الحى وقيمة الهالك) لأن هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض أولى . ولأبى يوسف أن امتناع التحالف للهالك فيقتدر بقدره . ولأبى حنيفة أن التحالف على خلاف القياس في حال قيام السلعة وهى اسم لجميع أجزائها فلا تبقى السلعة بفوات بعضها ، ولأنه لا يمكن التحالف في القائم إلا على اعتبار حصته من الثمن فلا بد من القسمة وهى تعرف بالخزر والظن فيؤدى إلى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز

في قيمة الهالك) هذا من تنمة قول أبى يوسف . أقول : في عبارة الكتاب هاهنا قصور ، لأن قول المشتري إنما يعتبر في حصة الهالك من الثمن الذى أقر به المشتري كما سيجىء تفصيله ، لا في قيمة الهالك فإن القول فيها للبائع كما صرح به المصنف فيما سياتى حيث قال : فإن اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض فالقول للبائع انتهى . وعن هذا قال صاحب الكافي : وقال أبو يوسف يتحالفان في الحى ويفسد العقد في الحى والقول للمشتري في حصة الهالك من الثمن مع يمينه انتهى (وقال محمد : يتحالفان عليهما) أى على الحى والهالك (ويرد الحى وقيمة الهالك ، لأن هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض أولى) قال صاحب العناية : والجواب أن هلاك البعض محوج إلى معرفة القيمة بالخزر وذلك مجمل في المقسم عليه فلا يجوز انتهى . ورد عليه بأن المقسم عليه عند محمد ليس القيمة حتى يلزم ذلك عليه (ولأبى يوسف أن امتناع التحالف للهالك) أى لأجل الهالك (فيقتدر بقدره) أى يتقدر امتناع التحالف بقدر الهالك لأن الحكم لا يزيد على العلة (ولأبى حنيفة أن التحالف على خلاف القياس في حال قيام السلعة) يعنى أن التحالف بعد القبض ثبت بالنص على خلاف القياس في حال قيام السلعة (وهى) أى السلعة (اسم لجميع أجزائها فلا تبقى السلعة بفوات بعضها) لانعدام الكل بانعدام جزئه ، وما يثبت على خلاف القياس لا يتعدى إلى الغير ، فحصل من هذا الدليل نفي القياس . والجواب عن قول محمد رحمه الله كما لا يخفى (ولأنه لا يمكن التحالف في القائم إلا على اعتبار حصته من الثمن فلا بد من القسمة) أى باعتبار القيمة كما سياتى (وهى) أى القسمة (تعرف بالخزر والظن فيؤدى إلى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز) فلا يلحق بالتحالف حال قيام السلعة بتمامها ، فحصل من هذا الدليل نفي الدلالة . والجواب عن قول أبى يوسف كما ترى . فإن قلت : ما الفرق لأبى حنيفة بين هذه المسئلة وبين مسئلة الإجارة فيما إذا أقام القصار بعض العمل في الثوب ثم اختلفا في مقدار الأجرة ، ففي حصة ما أقام العمل القول لرب الثوب مع يمينه ، وفي حصة ما بقى يتحالفان بالإجماع اعتبارا للبعض بالكل واستيفاء بعض المنفعة بمنزلة هلاك بعض المبيع ، وفيه التحالف عند أبى حنيفة أيضا دون هلاك بعض المبيع . قلت : الفرق بينهما من حيث أن عقد البيع في العبدین عقد واحد ، فإذا تعذر فسخه في البعض بالهالك تعذر في الباقي .

في قيمة الهالك) وقوله في تحرير المذاهب يتحالفان في الحى ليس بصحيح على ما سياتى (وقال محمد يتحالفان عليهما) ويفسخ العقد فيهما (ويرد الحى وقيمة الهالك لأن هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض أولى) والجواب أن هلاك البعض محوج إلى معرفة القيمة بالخزر وذلك مجمل في المقسم عليه فلا يجوز (ولأبى يوسف أن امتناع التحالف للهالك فيقتدر بقدره) والجواب هو الجواب (ولأبى حنيفة أن التحالف على خلاف القياس في حال قيام السلعة وهى اسم لجميع أجزائها) والجميع لا يبقى بفوات البعض فلا يتعدى إليه ولا يلحق به بالدلالة لأنه ليس في معناه من كل وجه ، لأن التحالف في القائم لا يمكن إلا على اعتبار حصته من الثمن ، ولا بد من القسمة وهى تعرف بالخزر والظن فتؤدى إلى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز ، وتفطن مما ذكرنا أن أحد الدليلين المذكورين في المتن لإثبات المدعى بنفى القياس ، وفيه إشارة إلى الجواب عن

صاحب النهاية ، وفيه بحث لأنه يجوز أن يكون الهالك قيمة شيئا قليلا لصدفه أو لكونه مريضا أو مشوقا وتكثر الرغبات في الحى وتؤديه قيمته فيرضى البائع أن يأخذه صلحا عن جميع ما ادعاه طمعا في زيادة قيمة الحى ، فإنه لو لا الصلح لا يعطيه المشتري الحى إذ القول قوله مع يمينه فتأمل (قوله في قيمة الهالك) أى في حصة قيمته (قوله والجواب أن هلاك البعض الخ) أقول : أنت بصير بأن المقسم عليه عند محمد ليس القيمة حتى يلزم ذلك عليه . والظاهر أن التعليل الأول لأبى حنيفة للجواب عن محمد ، والثاني للجواب عن أبى يوسف لا كما لهه الفاربع .

إلا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك أصلا لأنه حينئذ يكون الثمن كله بمقابلة القائم ويخرج الهالك عن العقد فيتحالفان . هذا تخريج بعض المشايخ ويصرف الاستثناء عندهم إلى التحالف كما ذكرنا وقالوا : إن المراد من قوله في الجامع الصغير يأخذ الحى ولا شيء له ، معناه : لا يأخذ من ثمن الهالك شيئا أصلا . وقال بعض المشايخ : يأخذ من ثمن الهالك بقدر ما أقر به المشتري ، وإنما لا يأخذ الزيادة . وعلى قول هؤلاء ينصرف الاستثناء إلى يمين المشتري لا إلى التحالف ، لأنه لما أخذ البائع بقول المشتري فقد صدقه فلا يحلف المشتري ،

وأما عقد الإجارة في حكم عقود متفرقة تتجدد بحسب ما يقيم من العمل فبتعذر فسخه في البعض لا يتعذر فسخه في الباقي ، كذا في الشروح ونقله صاحب النهاية عن إجازات المبسوط . أقول : لقائل أن يقول : هذا الفرق إنما يتمشى بالنظر إلى الدليل الأول وأما بالنظر إلى الدليل الثاني فلا ، لأن عقد الإجارة وإن كان في حكم عقود متفرقة إلا أنه في الصورة المذكورة كان بصفقة واحدة لم يعين فيها لكل جزء من العقود عليه أجرة معلومة فلا بد من القسمة وهي بالحزر والظن فيؤدي إلى التحالف مع الجهل بعين ما قيل في عقد البيع فينبغي أن لا يجوز أيضا (إلا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك أصلا) أى بالكلية (لأنه حينئذ) أى حين أن يرضى البائع بترك حصة الهالك بالكلية (يكون الثمن كله بمقابلة القائم ويخرج الهالك عن العقد فيتحالفان) أى إذا كان الأمر كذلك فيتحالفان (وهذا) أى توجيه قوله إلا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك بما ذكر (تخريج بعض المشايخ) أى عامتهم (ويصرف الاستثناء عندهم إلى التحالف) لأنه هو المذكور في الكلام ، فكان تقدير الكلام : لم يتحالفوا عند أبي حنيفة إلا إذا ترك البائع حصة الهالك فيتحالفان (كما ذكرناه) أراد به قوله فيتحالفان (وقالوا) أى قال هؤلاء المشايخ (إن المراد من قوله في الجامع الصغير يأخذ الحى ولا شيء له معناه : لا يأخذ من ثمن الهالك شيئا أصلا) أقول : كان الظاهر في التحرير من حيث العربية ، والمعنى أن يترك لفظ معناه من اليمين . وأون يقال إن قوله في الجامع الصغير يأخذ الحى ولا شيء له ، معناه : لا يأخذ من ثمن الهالك شيئا أصلا ، ووجه الظهور ظاهر (وقال بعض المشايخ يأخذ من ثمن الهالك بقدر ما أقر به المشتري ، وإنما لا يأخذ الزيادة ، وعلى قول هؤلاء ينصرف الاستثناء إلى يمين المشتري لا إلى التحالف) فيصير معنى الكلام لم يتحالفوا عند أبي حنيفة والقول قول المشتري مع يمينه ، إلا أن يشاء البائع أن يأخذ الحى ولا يأخذ من ثمن الهالك شيئا زائدا على ما أقر به المشتري فيحتمل لا يمين على المشتري (لأنه لما أخذ البائع بقول المشتري فقد صدقه فلا يحلف المشتري) قال صاحب العناية : وكلام المصنف يشير إلى أن أخذ الحى لم يكن بطريق الصلح كما نقله صاحب النهاية عن الفوائد الظهيرية بل بطريق تصديق المشتري في قوله وترك ما يدعيه عليه ، وهو أولى لما قال شيخ الإسلام إنه لو كان بطريق الصلح لكان معلقا بمشيئتهما انتهى . وقال بعض الفضلاء فيه : إن أخذ الحى يكون معلقا بمشيئتهما البتة ، وإنما الذى لا يتعلق بمشيئة المشتري أخذ ما أقر به من ثمن الهالك انتهى . أقول : هذا ليس بشيء لأنه إن أراد بقوله أن أخذ الحى يكون معلقا بمشيئتهما البتة أنه كان في الكتاب معلقا بمشيئتهما البتة فليس بصحيح ، لأن المذكور في الكتاب إلا أن يشاء البائع أن يأخذ الحى ولا شيء له ، ولم يعلق فيه أخذ الحى إلا بمشيئة البائع ، وإن أراد به أن يكون في الصلح معلقا بمشيئتهما البتة فليس بمفيد له أصلا بل هو مؤيد لما قاله شيخ الإسلام ،

مسئلة الإجارة ، فإن القصار مثلا إذا أقام بعض العمل في الثوب ثم اختلفا في مقدار الأجرة ففي حصة العمل القول لرب الثوب مع يمينه ، وفي حصة ما بقي يتحالفان بالإجماع ، فكان استيفاء بعض المنفعة كهلاك أحد العبدین . وفيه التحالف عند أبي حنيفة أيضا دون هلاك أحد العبدین ، وبيان ذلك أن السلعة في البيع واحدة ، فإذا تعذر الفسخ بالهلاك في البعض تعذر في الباقي . وأما الإجارة فهي عقود متفرقة تتجدد في كل جزء من العمل بمنزلة معقود عليه على حدة فتعذر الفسخ في بعض لا يتعذر في الباقي .

(قوله فكان استيفاء بعض المنفعة كهلاك أحد العبدین وفيه التحالف عند أبي حنيفة أيضا) أقول : يعنى كصاحبه ثم الضمير في قوله فيه راجع إلى استيفاء بعض المنفعة (قوله لا يتعذر الباقي) أقول : فيه تأمل ، فإن حصة الباقي يعلم بالحزر والظن وذلك مجهل في المقسم عليه

ثم تفسير التحالف على قول محمد ما بيناه في القائم . وإذا حلفا ولم يتفقا على شيء فادعى أحدهما الفسخ أو كلاهما يفسخ العقد بينهما ويأمر القاضي المشتري برد الباقي وقيمة الهالك . واختلفوا في تفسيره على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى ، والصحيح أنه يحلف المشتري بالله ما اشترى بهما بما يدعيه البائع ،

فإن مراده أن أخذ الحلف لو كان بطريق الصلح لكان معلقا في الكتاب بمشيتها كما يكون في الصلح متعلقا بمشيتها البتة ولم يتعلق فيه إلا بمشيتها البائع (ثم تفسير التحالف على قول محمد ما بيناه في القائم) أي في البيع القائم على حاله وهو قوله وصفة العين أن يحلف البائع بالله ما باعه بألف الخ ، وإنما لم تختلف صفة التحالف عنده في الصورتين لأن قيام السلعة عنده ليس بشرط للتحالف (وإذا حلفا ولم يتفقا على شيء) كان الأحسن في التحرير أن يقول : وإذا لم يتفقا على شيء وحلفا بتقديم لم يتفقا على شيء على حلفا في الوضع لتقدمه عليه في الطبع (فادعى أحدهما الفسخ أو كلاهما) أي أو ادعى كلاهما (يفسخ العقد بينهما ويأمر القاضي المشتري برد الباقي وقيمة الهالك) والقول في القيمة قول المشتري لأن البائع يدعي عليه زيادة قيمة وهو ينكره فيكون القول قوله كما لو اختلفا في قيمة المصنوع أو المقبوض بعقد فاسد ، كذا في الشروح (واختلفوا في تفسيره) أي في تفسير التحالف (على قول أبي يوسف) قال في النهاية ومعراج الدراية : لم يذكر تفسير التحالف على قول أبي حنيفة لأن عنده هلاك البض يمنع التحالف كهلاك الكل . أقول : فيه شيء ، وهو أن هلاك البعض لا يمنع التحالف عنده مطلقا بل إن رضي البائع أن يترك حصة الهالك أصلا يتحالفان عنده أيضا على تخريج عامة المشايخ ، وقد ارتضى المصنف هذا الترخيص حيث بنى عليه شرح معنى الكتاب أولا كما مر آنفا ، فكان لذكر تفسير التحالف عند أبي حنيفة أيضا مساع . وعن هذا أن الإمام الزيلي بعد أن ذكر في التبيين تفسير التحالف على قول محمد وعلى قول أبي يوسف قال : وعند أبي حنيفة أن البائع إذا رضي أن يترك حصة الهالك من الثمن يتحالفان عند بعضهم على الوجه الذي ذكرناه لأبي يوسف انتهى . وقال في غاية البيان : لما كان قول أبي حنيفة عدم وجوب التحالف استغنى عن التفسير ففسره على قولهما انتهى . أقول : هذا أقرب إلى الحق مما سبق ، ولكن فيه أيضا شيء لا ينجح . فالأولى أن يقال : لما كان جريان التحالف عند هلاك بعض المبيع في قول أبي حنيفة خصوصا بتخريب بعض المشايخ وبصورة نادرة هي صورة الاستثناء لم يذكر تفسير التحالف عنده على سبيل الاستقلال ، بل اكتفى بما يفهم من بيان تفسيره على قول أبي يوسف (والصحيح أنه يحلف المشتري بالله ما اشترى بهما بما يدعيه البائع) ومنهم من قال : يتحالفان على القائم بحصته من الثمن دون الهالك لأن التحالف للفسخ والعقد يفسخ في القائم لا في الهالك ، وهذا ليس بصحيح لأن المشتري لو حلف بالله ما اشترى القائم بحصته من الثمن الذي يدعيه البائع كان صادقا ، وكذا لو حلف البائع

والثاني بنى الإلحاق بالدلالة . وفيه إشارة إلى الجواب عن قول أبي يوسف ومحمد كما ذكرناه (ثم تفسير التحالف على قول محمد ما بيناه في القائم) وهو قوله وصفة العين أن يحلف البائع بالله ما باعه بألف الخ ، وإنما لم تختلف صفة التحالف عنده في الصورتين لأن قيام السلعة عنده ليس بشرط للتحالف (فإذا لم يتفقا وحلفا ثم ادعى أحدهما أو كلاهما الفسخ يفسخ العقد بينهما ويأمر القاضي المشتري برد الباقي وقيمة الهالك) والقول في القيمة قول المشتري لأن البائع يدعي عليه زيادة قيمة وهو ينكر كما لو اختلفا في قيمة المصنوع (واختلفوا في تفسيره على قول أبي يوسف) ففهم من قال يتحالفان على القائم لا غير لأن العقد يفسخ في القائم لا في الهالك ، وهذا ليس بصحيح لأن المشتري لو حلف بالله ما اشترى القائم بحصته من الثمن الذي يدعيه البائع كان صادقا ، وكذا لو حلف البائع بالله ما بعث القائم بحصته من الثمن الذي يدعيه المشتري صدق فلا يفيد التحالف (والصحيح أنه يحلف المشتري بالله ما اشترى بهما بما يدعيه البائع ،

(قوله والثاني بنى الإلحاق بالدلالة الخ) أقول : هذا معطوف على ما تقدم بخمسة أسطر وهو قوله إن أحد الدليلين المذكورين في المتن لإثبات المدعى بنى القياس الخ (قوله وهذا ليس بصحيح ، إلى قوله ، وكان صادقا) أقول : لم لا يجوز أن يحلف المشتري أن حصته ليست بألف والبائع أن حصته ليست بخمسةائة . ولا يرد ما يقال ، لكن يمكن أن يقال بل يرد أيضا ، فإن ما يخص كل واحد منهما لا يعرف إلا بالمحصن والتخصين

فإن نكل لزمه دعوى البائع ، وإن حلف يحلف البائع بالله مابعتها بالثمن الذى يدعيه المشتري ، فإن نكل لزمه دعوى المشتري ، وإن حلف يفسخ العقد فى القائم وتسقط حصته من الثمن ويلزم المشتري حصة الهالك ويعتبر قيمتهما فى الانقسام يوم القبض (وإن اختلفا فى قيمة الهالك يوم القبض فالقول قول البائع ،

بالله مابعت القائم حصته من الثمن الذى يدعيه المشتري صدق فلا يفيد التحالف ، فالصحيح أن يحلف المشتري على الوجه المذكور فى الكتاب (فإن نكل لزمه دعوى البائع ، وإن حلف يحلف البائع بالله مابعتها بالثمن الذى يدعيه المشتري ، فإن نكل لزمه دعوى المشتري ، وإن حلف يفسخ العقد فى القائم) فإن قلت : أسند فسخ العقد هاهنا إليهما كما ترى وفيما سبق إلى القاضي حيث قال : وإن حلفا فسخ القاضي البيع بينهما فما التوفيق ؟ قلت : معنى ما سبق فسخ القاضي بينهما إن لم يفسخا بأنفسهما ، يرشد إليه لئلا يخطئ أن الفسخ إذا كان حقهما فهما يقدران على إحداثه بأنفسهما ، ومعنى ما ذكر هاهنا يفسخ العقد إن أرادا الفسخ بأنفسهما على نهج قوله عليه الصلاة والسلام « تحالفا وتراديا » وهذا لا ينافى أن يفسخه القاضي أيضا فيما إذا لم يفسخاه بأنفسهما بل طلباه أو طلبه أحدهما من القاضي ، وسيأتى التصريح من الشراح فى مسألة التحالف بالإقالة بتساوى فسخ القاضي وفسخهما بأنفسهما (وتسقط حصته) أى حصة القائم (من الثمن ويلزم المشتري حصة الهالك) من الثمن الذى أقر به المشتري ، ولا يلزمه قيمة الهالك لأن القيمة تجب إذا انفسخ العقد والعقد فى الهالك لم ينفسخ عنده ، كذا فى العناية (وتعتبر قيمتهما فى الانقسام يوم القبض) يعنى يقسم الثمن الذى أقر به المشتري على العبد القائم والهالك على قدر قيمتهما يوم القبض ، فإن اتفقا على أن قيمتهما يوم القبض كانت على السواء يجب على المشتري نصف الثمن الذى أقر به المشتري ويسقط عنه نصف ذلك الثمن ؛ وإن تصادقا أن قيمتهما يوم القبض كانت على التفاوت ، فإن تصادقا على أن قيمة الهالك يوم القبض كانت كذا يجب على المشتري بقدرها حصة من الثمن الذى أقر به ويسقط عنه الباقي من ذلك الثمن (وإن اختلفا فى قيمة الهالك يوم القبض) فقال المشتري كانت قيمة القائم يوم القبض ألفا وقيمة الهالك خمسمائة وقال البائع على العكس (فالقول قول البائع) مع يمينه لأنهما اتفقا على وجوب الثمن الذى

فإن نكل لزمه دعوى البائع ، وإن حلف يحلف البائع بالله مابعتها بالثمن الذى يدعيه المشتري ، فإن نكل لزمه دعوى المشتري ، وإن حلف يفسخ العقد فى القائم وتسقط حصته من الثمن ويلزم المشتري حصة الهالك (من الثمن الذى يقر به المشتري ، ولا يلزمه قيمة الهالك لأن القيمة تجب إذا انفسخ العقد والعقد فى الهالك لم ينفسخ عنده) ويعتبر قيمتهما فى الانقسام يوم القبض (يعنى يقسم الثمن الذى أقر به المشتري على العبد القائم والهالك على قدر قيمتهما يوم القبض ، فإن اتفقا أن قيمتهما يوم القبض كانت واحدة يجب على المشتري نصف الثمن الذى أقر به المشتري ويسقط عنه نصف الثمن ، وإن تصادقا أن قيمتهما يوم القبض كانت على التفاوت ، فإن تصادقا على أن قيمة الهالك كانت على النصف من قيمة القائم يجب على المشتري ثلث ما أقر به من الثمن (وإن اختلفا) فى ذلك فقال المشتري كانت قيمة القائم يوم القبض ألفا وقيمة الهالك خمسمائة وقال البائع على العكس (فالقول للبائع) لأن الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشتري يدعى زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره ، وطولب بوجه تعيين قيمته يوم القبض دون القيمة يوم العقد والمبيع يعتبر قيمته يوم العقد فى حق انقسام الثمن ، دل على ذلك مسائل الزيادات . وقال محمد : قيمة الأم يوم العقد ، وقيمة الزيادة يوم الزيادة ، وقيمة الولد يوم القبض ، لأن الأم صارت مقصودة بالعقد والزيادة بالزيادة والولد بالقبض ، وكل واحد من العبدین هنا صار مقصودا بالعقد فوجب اعتبار قيمتهما يوم العقد لا يوم القبض . وقال ظهير الدين : هذا إشكال هائل أوردته على كل قلم نحوي فلم يهتد أحد إلى جوابه ، ثم قال : والذي تخاليلى بعد طول التجشم أن فيما ذكر من المسائل لم يتحقق ما يوجب الفسخ فيما صار

فتجاسر كل منها على العيين لا تغفل كذبه بيمين (قوله دل على ذلك مسائل الزيادات) أقول : فى باب الزيادات فى البيع من كتاب البيوع

أقر به المشتري ثم المشتري يدعى سقوط زيادة من الثمن بنقصان قيمة المالك والبائع ينكره فالقول قول المنكر مع يمينه. فإن قيل : لماذا تعتبر قيمتهما يوم القبض دون العقد في حق انقسام القيمة ومساائل الزيادات تدل على هذا ؛ حتى قال محمد : قيمة الأم تعتبر يوم العقد وقيمة الزيادة يوم الزيادة وقيمة الولد يوم القبض ، لأن الأم صارت مقصودة بالعقد والزيادة بالزيادة والولد بالقبض ؛ وكل واحد من العبدین هاهنا صار مقصودا بالعقد فوجب اعتبار قيمتهما يوم العقد لا يوم القبض . قال الإمام ظهير الدين صاحب الفوائد : هذا إشكال هائل أوردته على كل قرم تحريير فلم يهتد أحد إلى جوابه ، ثم قال : والذي يخيل لي بعد طول التجشّم أن فيما ذكر من المسائل لم يتحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد ، وفيما نحن بصدد تحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد وهو التحالف ، أما في الحى منهما فظاهر وكذلك في الميت منهما ، لأنه إن تعدد الفسخ في المالك لمكان الملاك لم يتعد اعتبار ما هو من لوازم الفسخ في المالك وهو اعتبار قيمته يوم القبض لأن المالك مضمون بالقيمة يوم القبض على تقدير الفسخ كما هو قول محمد . حتى قال : يضمن المشتري قيمة المالك على تقدير التحالف عنده فيجب إعمال التحالف في اعتبار قيمة المالك يوم القبض فلهذا يعتبر قيمتهما يوم القبض ، كذا في النهاية وأكثر الشروح . أقول : في التوجيه الذي ذكره الإمام ظهير الدين نظر : لأن تحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد في حق الميت على قول أبي يوسف ممنوع ، لأن ما يوجب ذلك فيما نحن فيه إنما هو التحالف كما صرح به ، والتحالف إنما يجري عنده في الحى دون الميت ، وتعدّد الفسخ في المالك عنده لا امتناع جريان التحالف فيه للهلاك لا لاجرد الملاك بدون امتناع جريان التحالف ؛ ألا ترى أن محمدا لما أجاز التحالف على المالك أيضا أجاز الفسخ في المالك على قيمته ولم يكن الملاك مانعا عنه . فإذا لم يتحقق التحالف في المالك على قول أبي يوسف وتعدّد الفسخ فيه أيضا فما الباعث على اعتبار ما هو من لوازم الفسخ فيه ومجرد عدم تعدّد اعتباره لا يقتضى اعتباره سيما عند تحقق ما يقتضى اعتبار القيمة يوم العقد وهو كونه مقصودا بالعقد . ثم إن صاحب العناية قال بعد نقل ما في تلك الشروح : وأقول : الأصل فيما هلك وكان مقصودا بالعقد أن تعتبر قيمته يوم العقد ؛ إلا إذا وجد ما يوجب فسخ العقد فإنه يعتبر حينئذ قيمته يوم القبض ، لأنه لما انفسخ العقد وهو مقبوض على جهة الضمان تعين اعتبار قيمته يوم قبضه ، وفيما نحن فيه لما كانت الصفقة واحدة وانفسخ العقد في القائم دون المالك صار العقد مفسوخا في المالك نظرا إلى اتحاد الصفقة غير مفسوخ نظرا إلى وجود المانع وهو الملاك ، فعملنا فيه بالوجهين وقلنا بلزوم الحصة من الثمن نظرا إلى عدم الانفساخ ، وبانقسامه على قيمته يوم القبض نظرا إلى الانفساخ انتهى . أقول : وفيه أيضا نظر ، لأن قوله وفيما نحن فيه لما كانت الصفقة واحدة وانفسخ العقد في القائم صار العقد مفسوخا في المالك نظرا إلى اتحاد الصفقة غير تام ، لأن اتحاد الصفقة إنما يقتضى انفساخ العقد في المالك بانفساخه في القائم لو وقع الفسخ قبل قبضهما فإنه حينئذ يلزم تفريق الصفقة قبل تمامها وهو غير جائز . وأما إذا وقع الفسخ بعد قبضهما

مقصودا بالعقد ، وفيما نحن بصدد تحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد وهو التحالف ، أما في الحى منهما فظاهر ، وكذلك في الميت منهما ، لأنه إن تعدّد الفسخ من المالك لمكان الملاك لم يتعد اعتبار ما هو من لوازم الفسخ في المالك وهو اعتبار قيمته يوم القبض ، لأن المالك مضمون بالقيمة يوم القبض على تقدير الفسخ فيه كما هو مذهب محمد حتى قال : يضمن المشتري قيمة المالك على تقدير التحالف عنده ، فيجب إعمال التحالف في اعتبار قيمة المالك يوم القبض فلهذا تعتبر قيمتهما

(قوله وهو التحالف) أقول : قوله هو راجع إلى ما في قوله ما يوجب الفسخ الخ (قوله أما في الحى) أقول : أى أما كون التحالف موجبا لفسخ في الحى (قوله لمكان الملاك) أقول : الذى هو مانع (قوله ما هو من لوازم الفسخ) أقول : أى من روافده وثوابه ، وليس المراد اللزوم الميراثي ، ثم أقول : قال محمد : فبأن ذلك وجد عينا يرده بحصته من الثمن ، فالميت إن كان ما يوجب الفسخ لم يصح قولنا إن فيما ذكر من المسائل لم يتحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد وإن لم يكن ما يوجب محتاج إلى الفرق بين ما في الزيادات ، والمسئلة المنتقلة من بيوع الأصل إذ قد اعتبر فيها قيمة المالك يوم القبض كما صرح به في النهاية .

وأيهما أقام البيئة تقبل بينته. وإن أقامها فيئنة البائع أولى) وهو قياس ما ذكر في بيع الأصل (اشترى عبيدين وقبضهما ثم رد أحدهما بالعيب وهلك الآخر عنده يجب عليه ثمن ما هلك عنده ويسقط عنه ثمن ما رده وينقسم الثمن على قيمتهما ، فإن اختلفا في قيمة الهالك فالقول قول البائع) لأن الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشتري يدعى زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره والقول للمنكر (وإن أقام البيئة فيئنة البائع أولى) لأنها أكثر إثباتا ظاهرا لإثباتها الزيادة في قيمة الهالك وهذا لفقه : وهو أن في الأيمان تعتبر الحقيقة لأنها تتوجه على أحد العاقلين وهما يعرفان حقيقة الحال فبنى الأمر عليها والبائع منكر حقيقة فلذا كان القول قوله :

فلا يقتضى ذلك ، فإن اللازم حينئذ تفريق الصفقة بعد تمامها إذ هي تتم بالقبض وهو جائز ؛ ألا يرى إلى ما مر في باب خيار العيب من أن من اشترى عبيدين صفقة واحدة فقبضهما ثم وجد بأحدهما عيبا فإنه يفسخ العقد في العيوب خاصة عند أئمتنا الثلاثة بناء على أن تفريق الصفقة بعد تمامها بالقبض جائز ، والمثلية فيما نحن فيه مفروضة فيها إذا هلك أحد العبيدين بعد قبضهما كما تبين في صدر المسئلة فلا يتم التقريب (وأيهما أقام البيئة تقبل بينته) لأنه نور دعواه بالحجة (وإن أقامها فيئنة البائع أولى) لأنها أكثر إثباتا لإثباتها الزيادة في قيمة الهالك . فإن قيل : المشتري يدعى زيادة في قيمة القائم فوجب أن تقبل بينته لإثباتها الزيادة. قلنا : إن الذي وقع الاختلاف فيه مقصودا قيمة الهالك ، والاختلاف في قيمة القائم يثبت ضمنا للاختلاف في قيمة الهالك ، وبيئة البائع قامت على ما وقع الاختلاف فيه مقصودا فكانت أولى بالاعتبار ، كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الإمام المرغيناني وقاضيهان (وهو) أى ما ذكر من قول أبي يوسف وتفرعاته (قياس ما ذكر في بيع الأصل) أى المبسوط (اشترى عبيدين وقبضهما ثم رد أحدهما بالعيب وهلك الآخر عنده يجب عليه ثمن ما هلك عنده ويسقط عنه ثمن ما رده وينقسم الثمن على قيمتهما) أى يوم القبض ، كذا في النهاية (فإن اختلفا في قيمة الهالك) أى في مسئلة الأصل (فالقول قول البائع ، لأن الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشتري يدعى زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره والقول للمنكر ، وإن أقامها البيئة) أى في مسئلة الأصل (فيئنة البائع أولى) لأنها أكثر إثباتا ظاهرا لإثباتها الزيادة في قيمة الهالك ، والبيئات شرعت للإثبات فإثباتها كان أولى . قال المصنف (وهذا لفقه) أى اعتبار بيئة البائع وبمينه لمعنى فقهي (وهو أن في الأيمان تعتبر الحقيقة) أى حقيقة الحال لئلا يلزم الإقدام على القسم بجهالة ، واستدل المصنف عليه بقوله (لأنها) أى الأيمان (تتوجه على أحد العاقلين) أى لاعلى الوكيل والنائب (وهنا) أى المتعاقدان. (يعرفان حقيقة الحال) لأن العقد فعل أنفسيهما والإنسان أعرف بحال نفسه (فبنى الأمر عليها) أى على الحقيقة (وبالبائع منكر حقيقة فلذا كان القول قوله) لأنه ينكر سقوط الزيادة

يوم القبض . هذا ما قاله صاحب النهاية وغيره من الشارحين . وأقول : الأصل فيما هلك وكان مقصودا بالعقد أن تعتبر قيمته يوم العقد ، إلا إذا وجد ما يوجب فسخ العقد فإنه تعتبر حينئذ قيمته يوم القبض ، لأنه لما انفسخ العقد وهو مقبوض على جهة الضمان تعين اعتبار قيمته يوم قبضه ، وفيما نحن فيه لما كانت الصفقة واحدة وانفسخ العقد في القائم دون الهالك صار العقد مفسوخا في الهالك نظرا إلى اتحاد الصفقة غير مفسوخ نظرا إلى وجود المانع وهو الهلاك فعملنا فيه بالوجهين ، وقلنا بلزوم الحصاة من الثمن نظرا إلى عدم الانفساخ وبانقسامه على قيمته يوم القبض نظرا إلى الانفساخ (وأيهما أقام البيئة تقبل بينته) لأنه نور دعواه بالحجة (وإن أقامها فيئنة البائع أولى) لأنها أكثر إثباتا لإثباتها الزيادة في قيمة الهالك ، ولا معتبر لدعوى المشتري زيادة في قيمة القائم لأنها ضمنية ، والاختلاف المقصود هو ما كان في قيمة الهالك . ثم ذكر المصنف ما هو على قياسه من بيع الأصل وهو ظاهر مما ذكرنا وذكر الفقه في أن القول هاهنا قول البائع ، والبيئة أيضا بينته مع أن المعهود خلاف ذلك ، إذ البائع إما أن يكون مدعيا أو مدعى عليه ، فإن كان الأول فعليه البيئة ، وإن كان الثاني فعليه البين إذا أنكر ، فالجمع بينهما جمع بين المتنافيين ، وذلك أن كلا من البين والبيئة يبنى على أمر جاز أن يجتمع مع الآخر باعتبارين فجاز اجتماعهما كذلك ،

وفي البيّنات يعتبر الظاهر لأن الشاهدين لا يعلمان حقيقة الحال فاعتبر الظاهر في حقهما والبائع مدع ظاهراً فلهذا تقبل بينته أيضاً وترجح بالزيادة الظاهرة على مامر ، وهذا يبين لك معنى ما ذكرناه من قول أبي يوسف . قال (ومن اشترى جارية وقبضها ثم تقايلاً ثم اختلفا في الثمن فإنهما يتحالفان ويعود البيع الأول) ونحن ما أثبتنا التحالف فيه بالنص لأنه ورد في البيع المطلق والإقالة فسخ في حق المتعاقدين ،

(وفي البيّنات يعتبر الظاهر لأن الشاهدين لا يعلمان حقيقة الحال) لأنهما يخبران عن فعل الغير لا عن فعل أنفسهما ، فيجوز أن يكون الحال في الواقع على خلاف ما ظهر عندهما بهزل أو تلجئة أو غير ذلك (فاعتبر الظاهر في حقهما والبائع مدع ظاهراً فلهذا تقبل بينته أيضاً) أي كما اعتبر يمينه (وترجح) أي ترجع بينته على بينة المشتري (بالزيادة الظاهرة على مامر) وهو قوله لأنها أكثر إثباتاً ظاهراً (وهذا) أي ما ذكر في بيع الأصل (يبين لك معنى ما ذكرناه في قول أبي يوسف) رحمه الله في التحالف وتفريعاته التي ذكرت في بيع الجامع الصغير (قال) أي محمد في بيع الجامع الصغير (ومن اشترى جارية وقبضها) أي ونقد ثمنها ، كذا في الشروح وفي أصل الجامع الصغير (ثم تقايلاً) ولم يقبض البائع المبيع بعد الإقالة ، كذا في الشروح ، وسيشير إليه المصنف بقوله والمسئلة مفروضة قبل القبض (ثم اختلفا في الثمن) فقال المشتري كان الثمن ألفاً فعليك أن ترد الألف وقال البائع كان خمسمائة فعلى رد الخمسمائة (فإنهما يتحالفان ويعود البيع الأول) حتى يكون حق البائع في الثمن وحق المشتري في المبيع كما كان قبل الإقالة ، معناه : يعود البيع الأول إذا فسخ القاضي أو فسخا بأنفسهما الإقالة لأن الإقالة كالبيع لا تنفسخ إلا بالفسخ ، كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلاً عن صدر الإسلام . ولما استشعر أن يقال النص الوارد في حق التحالف وهو قوله عليه الصلاة والسلام « إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفاً وتراداً » لم يتناول الإقالة ، فما وجه جريان التحالف فيها ؟ أجاب بقوله (ونحن ما أثبتنا التحالف فيه) أي في التقاييل (بالنص لأنه ورد في البيع المطلق) أي في البيع من كل وجه (والإقالة فسخ في حق المتعاقدين) وإن كان بيعاً جديداً في حق غيرهما . فإن قلت : قوله والإقالة فسخ في حق المتعاقدين إنما يتمشى على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا على قول أبي يوسف ، فإن الإقالة عنده بيع في حق المتعاقدين أيضاً ، والمسئلة التي نحن فيها متفق عليها فما وجه بناء الوفاقية على الخلافية ؟ قلت : كلام المصنف هذا جواب عن سؤال مقدر ذكرناه آنفاً ، وذلك السؤال إنما

فبنى الأيمان على حقيقة الحال لئلا يلزم الإقدام على القسم بجهالة ، ومبنى البيّنات على الظاهر لأن الشاهد يخبر عن فعل غيره لا عن فعل نفسه ، فجاز أن يكون الحال في الواقع على خلاف ما ظهر عنده بهزل أو تلجئة أو غير ذلك . وإذا ظهر هذا جاز أن يكون القول للبائع لأنه منكر حقيقة إذ هو أعلم بحال نفسه ، وأن تقبل بينته لأنه مدع في الظاهر . وإذا أقاما البينة ترجح بالزيادة الظاهرة على مامر ، وفي كلامه نظر ، لأنه علل اعتبار الحقيقة في الأيمان بقوله لأنها تتوجه على أحد العاقدين وهما يعرفان حقيقة الحال وهو مفرع على المدعى ، فإن توجه التمين على أحد العاقدين دون الوكيل والناقب إنما هو لأن المعترف في الأيمان هو الحقيقة . ويمكن أن يجاب عنه بأنه دليل لا تعليل ، والفرق بين عند المحصلين (قوله وهذا) أي ما ذكر في الأصل (يبين معنى ما ذكرناه) من قول أبي يوسف في التحالف وتفريعاته التي ذكرت في مسألة الجامع الصغير . قال (ومن اشترى جارية النخ) ومن اشترى جارية ونقد ثمنها وقبضها ثم تقايلاً ولم يقبض البائع المبيع بعد الإقالة حتى اختلفا في الثمن فإنهما يتحالفان ويعود البيع الأول حتى يكون حق البائع في الثمن وحق المشتري في المبيع كما كان قبل الإقالة ، ولا بد من الفسخ سواء فسخها بأنفسهما أو فسخها القاضي لأنها كالبيع لا تنفسخ إلا بالفسخ . فإن قيل : النص لم يتناول الإقالة فما وجه جريان التحالف فيها ؟ أجاب بقوله (ونحن ما أثبتنا التحالف بالنص لأنه ورد في البيع المطلق والإقالة فسخ في حق المتعاقدين) فلا تدخل تحت

(قوله فبنى الأيمان على حقيقة الحال لئلا يلزم الإقدام النخ) أقول : لا يخفى عليك أن القيمة تعرف بالخبر والظن ، فلو حلف يلزم الإقدام على اليمين بجهالة (قوله لأنه منكر حقيقة إذ هو أعلم بحال نفسه) أقول : فيه شيء ،

وإنما أثبتناه بالقياس لأن المسئلة مفروضة قبل القبض والقياس يوافقه على مامر ولهذا نقيس الإجارة على البيع قبل القبض والوارث على العاقد والقيمة على العين فيما إذا استهلكه في يد البائع غير المشتري . قال (ولو قبض البائع المبيع بعد الإقالة فلا تحالف عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافاً لمحمد) لأنه يرى النص معلولاً بعد القبض أيضاً .

يكاد يتوجه على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لاعلى قول أبي يوسف كما لا يخفى ، فبنى الجواب أيضاً على أصلهما دون أصله فتدبر (وإنما أثبتناه بالقياس لأن المسئلة مفروضة قبل القبض) أى قبل قبض البائع البخارية بحكم الإقالة (والقياس يوافقه على مامر) أى فى أول الباب (ولهذا نقيس الإجارة على البيع قبل القبض) توضيح لقوله وإنما أثبتناه بالقياس : يعنى إذا اختلف المؤجر والمستأجر قبل استيفاء المعقود عليه فى الأجرة يجرى التحالف بينهما (والوارث على العاقد) أى ونقيس الوارث على العاقد : يعنى إذا اختلف وارث البائع والمشتري فى الثمن قبل القبض يجرى التحالف بينهما (والقيمة على العين) أى ونقيس القيمة على العين (فيما إذا استهلكه فى يد البائع غير المشتري) يعنى إذا استهلك غير المشتري العين المبيعة فى يد البائع وضمن القيمة قامت القيمة مقام العين المستهلكة ، فإن اختلف العاقدان فى الثمن قبل القبض يجرى التحالف بينهما بالقياس على جريان التحالف عند بقاء العين المشتراة لكون النص إذ ذاك معقول المعنى . وفى غاية البيان : وهذه هى النسخة المقابلة بنسخة المصنف . وفى بعض النسخ فيما إذا استهلك المشتري ، وفى بعضها فيما إذا استهلك المبيع . قال الإمام حافظ الدين الكبير البخارى على حاشية كتابه الصحيح : استهلك المشتري انتهى . وفى معراج الدراية : الصواب إذا استهلكه فى يد البائع غير المشتري ، وهذه العبارة على حاشية نسخة قولت بنسخة المصنف ؛ أو الصواب استهلك المشتري بضم التاء على صيغة بناء المفعول والمشتري على صيغة المفعول انتهى (ولو قبض البائع المبيع بعد الإقالة فلا تحالف عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافاً لمحمد لأنه يرى النص معلولاً بعد القبض أيضاً) يعنى أن محمداً يرى النص وهو قوله صلى الله عليه وسلم « إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفاً وتراذلاً » معلولاً بوجود الإنكار من كل واحد من المتبايعين لما يدعيه الآخر من العقد ، وهذا المعنى لا يتفاوت بين كون المبيع مقبوضاً أو غير مقبوض . قال بعض الفضلاء : فإن قيل : الإقالة بيع عند أبي يوسف فيكون متناول النص فينبغى أن يجرى التحالف عنده بعد قبض البائع أيضاً ، قلنا : لما وقع الخلاف فى كونه بيعاً لا يتناوله النص الوارد فى البيع المطلق للشبهة انتهى . أقول : جوابه ساقط جداً ، لأن التحالف ليس مما يندرى بالشبهات كالحودود والقصاص كما لا يخفى ، فلو كان مجرد وقوع الخلاف فى كون الإقالة بيعاً مانعاً عنده عن أن يتناولها النص الوارد فى البيع المطلق فى حق حكم التحالف فكان ذلك مانعاً عنده عن أن يتناولها النصوص الواردة فى حق سائر أحكام البيع المطلق أيضاً مع أن أحكام البيع المطلق جارية بأسرها فى الإقالة عنده على ما تقرر فى بابها . ثم أقول : فى دفع سؤاله إن أصل أبي يوسف الإقالة هو أنها بيع إلا أن لا يمكن جعلها بيعاً كالإقالة قبل القبض

(وإنما أثبتناه بالقياس لأن ما نحن فيه من مسئلة الإقالة مفروضة قبل القبض ، والقياس يوافقه على مامر ولهذا نقيس الإجارة) إذا اختلف الأجر والمستأجر قبل استيفاء المعقود عليه فى الأجرة (على البيع قبل القبض والوارث على العاقد) إذا اختلفا فى الثمن قبل القبض (والقيمة على العين فيما إذا استهلكه فى يد البائع غير المشتري) يعنى إذا استهلك غير المشتري العين المبيعة فى يد البائع وضمن القيمة قامت القيمة مقام العين المستهلكة . فإن اختلف العاقدان فى الثمن قبل القبض يجرى التحالف بينهما بالقياس على جريان التحالف عند بقاء العين المشتري لكون النص إذ ذاك معقول المعنى (ولو قبض البائع المبيع بعد الإقالة فلا تحالف عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، خلافاً لمحمد فإنه يرى النص معلولاً بعد القبض أيضاً) لأنه معلول بوجود الإنكار من كل واحد من المتبايعين لما يدعيه الآخر ، وهذا المعنى لا يتفاوت بين كون المبيع مقبوضاً أو غير مقبوض .

(قال المصنف : ولو قبض البائع المبيع بعد الإقالة الخ) أقول : فإن قيل : الإقالة بيع عند أبي يوسف فيكون متناول النص فينبغى أن يجرى التحالف عنده بعد قبض البائع أيضاً . قلنا : لما وقع الخلاف فى كونه بيعاً لا يتناوله النص الوارد فى البيع المطلق للشبهة فليتأمل (قوله لما يدعيه الآخر) أقول : هو العقد كما مر .

قال (ومن أسلم عشرة دراهم في كره حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فالقول قول المسلم إليه ولا يعود السلم) لأن الإقالة في باب السلم لا تحتمل النقص لأنه إسقاط فلا يعود السلم ، بخلاف الإقالة في البيع ، ألا ترى أن رأس مال السلم لو كان عرضا فردّه بالعيب وهلك قبل التسليم إلى ربّ السلم لا يعود السلم ولو كان ذلك في بيع العين يعود البيع دل على الفرق بينهما . قال (وإذا اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج أنه تزوّجها بألف وقالت تزوّجني بألفين فأيهما أقام البينة تقبل بينته) لأنه نورّ دعواه بالحجة .

في المنقول فتجعل فسحا كما بينوا في باب الإقالة ، وفيما نحن فيه لما اختلفا في الثمن ولم يثبت قول أحدهما صار الثمن مجهولا فلم يمكن جعله بيعا لعدم جواز البيع بالثمن المجهول كعدم جواز بيع المنقول قبل القبض فلم يتناول النص الوارد في البيع المطلق فلم يجر التحالف فيه عنده أيضا لا بالنص ولا بالقياس (قال) أي محمد في بيع الجامع الصغير (ومن أسلم عشرة دراهم في كره حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن) أي في رأس المال فقال المسلم إليه كان رأس المال خمسة وقال ربّ السلم كان عشرة فالقول قول المسلم إليه) أي مع يمينه ، لأن ربّ السلم يدعى عليه زيادة وهو ينكر (ولا يعود السلم) أي لا يتحالفان ولا يعود السلم (لأن الإقالة في باب السلم لا تحتمل النقص) أي الفسخ : يعني أن المقصود من التحالف الفسخ ، وإليه الإشارة النبوية بقوله عليه الصلاة والسلام « تحالفا وترادّا » والإقالة في باب السلم لا تحتمل (لأنه) أي الإقالة في باب السلم ذكر الضمير بتأويل التقابل (إسقاط) للمسلم فيه وهو دين والدين الساقط لا يعود (فلا يعود السلم ، بخلاف الإقالة في البيع) فإنها تحتمل الفسخ ويعود المبيع إلى المشتري بعد عوده إلى البائع لكونه عينا قائما ، (ونورّ هذا بقوله : ألا يرى أن رأس مال السلم لو كان عرضا فردّه بالعيب) أي فقصى القاضي بالرد بالعيب على ربّ السلم (وهلك) أي في يد المسلم إليه (قبل التسليم إلى ربّ السلم لا يعود السلم ، ولو كان ذلك في بيع العين يعود البيع ، دل) أي دل هذا الذي ذكر (على الفرق بينهما) أي بين السلم والبيع . فان قيل : ما الفرق لمحمد بين إقالة السلم وبين ما إذا هلك السلعة ثم اختلفا في مقدار الثمن فإنهما يتحالفان فيما إذا هلك السلعة ، ولا يتحالفان في إقالة السلم إذا اختلفا في مقدار رأس المال وإن فات المعقود عليه في الفصلين جميعا ؟ قلنا : الإقالة في السلم قبل قبض المسلم فيه فسخ من كل وجه ، والتحالف بعد هلاك السلعة يجرى في البيع لا في الفسخ ، كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الفوائد الظهيرية (قال) أي القدوري في مختصره (وإذا اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج أنه تزوّجها بألف وقالت تزوّجني بألفين فأيهما أقام البينة تقبل بينته) قال المصنف في تعليقه (لأنه نورّ دعواه بالحجة) قال الشراح : أما قبول بينة المرأة فظاهر

قال (ومن أسلم عشرة دراهم الخ) ومن أسلم عشرة دراهم في كره حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن لا يتحالفان والقول قول المسلم إليه ولا يعود السلم ، لأن فائدة التحالف الفسخ والإقالة في باب السلم لا تحتمل لكونه فيه إسقاط للمسلم فيه وهو دين والدين الساقط لا يعود ، بخلاف الإقالة في البيع فإنها تحتمل الفسخ فيعود المبيع لكونه عينا إلى المشتري بعد عوده إلى البائع ، ألا ترى أن رأس مال السلم لو كان عرضا فردّه بالعيب يعني قصي القاضي بذلك وهلك قبل التسليم إلى ربّ السلم لا ترفع الإقالة ولا يعود السلم ، ولو كان ذلك في بيع العين عاد البيع ، وإنما كان القول للمسلم إليه لأن ربّ السلم يدعى عليه زيادة من رأس المال وهو ينكر ، وأما هو فلا يدعى على ربّ السلم شيئا لأن المسلم فيه قد سقط بالإقالة . قبل المعقود عليه قد فات في إقالة السلم وفيما إذا هلك السلعة ثم اختلفا ، فما الفرق لمحمد في إجراء التحالف في صورة هلاك السلعة دون إقالة السلم . وأجيب بأن الإقالة في السلم قبل قبض المسلم فيه فسخ من كل وجه ، والتحالف بعد هلاك السلعة يجرى في البيع لا في الفسخ . قال (وإذا اختلف الزوجان في المهر الخ) إذا اختلف الزوجان

(قوله لأن فائدة التحالف الفسخ) أقول : لقوله عليه الصلاة والسلام « تحالفا وترادّا » ولكن بين هاتين بحث ، لأنه إذا أراد كلياً فسوخ والسند التحالف إذا اختلفا في المهر ، وإن أراد جزئياً فسلم ولا يفيد . وجوابه يعلم من تعليل الاختلاف في المهر فافهم (قوله لا ترفع الإقالة) أقول : يليه أن يرفع من هنا (قوله وأجيب بأن الإقالة في السلم الخ) أقول : فيه أن محمداً يرى النص مطعولاً ، وذلك التعليل جار هنا ، فإن كلا منهما

(وإن أقاما البينة فالبينة بينة المرأة) لأنها تثبت الزيادة ، معناه إذا كان مهر مثلها أقل مما ادّعته (وإن لم يكن لهما بينة تحالفا عند أبي حنيفة ولا يفسخ النكاح) لأن أثر التحالف في انعدام التسمية ، وأنه لا يخل بفسخ النكاح لأن المهر تابع فيه ، بخلاف البيع لأن عدم التسمية يفسده على ما مر فيفسخ ،

لأنها تدعى الزيادة ، وإنما الإشكال في قبول بينة الزوج لأنه منكر الزيادة فكان عليه العيين لا البينة ، وإنما قبلت لأنه مدع في الصورة وهي كافية لقبولها انتهى (فإن أقاما البينة فالبينة بينة المرأة) هذا من تمام كلام القدوري . قال المصنف في تعليقه (لأنها) أي لأن بينة المرأة (تثبت الزيادة) وقال في توجيهه (معناه إذا كان مهر مثلها) أي مهر مثل المرأة (أقل مما ادّعته) وقال صاحب العناية في تفصيل المسئلة : وإن أقاما فلا يخلو إما أن يكون مهر المثل أقل مما ادّعته أولا ، فإن كان الأول فالبينة للمرأة لأنها تثبت الزيادة ، وإن كان الثاني فالبينة للزوج لأنها تثبت الخطّ وبينتها لا تثبت شيئا لثبوت ما ادّعته بشهادة مهر المثل انتهى . أقول : في تحريره خلل ، حيث حكم في الأول على الإطلاق بكون البينة للمرأة وليس كذلك ، بل الأول أيضا لا يخلو من أن يكون مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج أو أقل منه . ومن أن يكون أكثر مما اعترف به الزوج وأقل مما ادّعته المرأة ، فإن كان الأول فالبينة للمرأة لأنها تثبت الزيادة ، وإن كان الثاني فتعارض بينتاهما حيث تثبت بينتها الزيادة وتثبت بينته الخطّ فيبتاتران فيجب مهر المثل . وقد صرح بهذا التفصيل في عامة الكتب المعتبرة حتى المتون في باب المهر ، بل صرح به صاحب العناية أيضا في ذلك الباب من شرح هذا الكتاب . وأما قول المصنف : معناه إذا كان مهر مثلها أقل مما ادّعته فليس بهذه المثابة من الخلل ، إذ يمكن أن يكون مراده به مجرد الاحتراز عما إذا كان أكثر مما ادّعته لا التعميم لقسمي كون مهر مثلها أقل مما ادّعته ، بخلاف تحرير صاحب العناية فإن عبارة لا يخلو في قوله وإن أقاما فلا يخلو إما أن يكون مهر المثل أقل مما ادّعته أو لا تقتضي شمول الأقسام كما لا يتحقق على ذوى الأفهام . ولقد أحسن الإمام الزيلعي في هذا المقام حيث قال في شرح قول صاحب الكنز وإن برهننا فللمرأة ، هذا إذا كان مهر المثل يشهد للزوج بأن كان مثل ما يدعى الزوج أو أقل ، لأن الظاهر يشهد للزوج وبينه المرأة تثبت خلاف الظاهر فكانت أولى ، وإن كان مهر المثل يشهد لها بأن كان مثل ما تدعيه المرأة أو أكثر كانت بينة الزوج أولى لأنها تثبت الخط وهو خلاف الظاهر والبيّنات للإثبات ، وإن كان مهر مثلها لا يشهد لها ولا له بأن كان أقل مما ادّعته المرأة وأكثر مما ادّعاه الزوج فالصحيح أنهما يبتاتران لأنهما استويا في الإثبات ، لأن بينتها تثبت الزيادة وبينته تثبت الخط فلا تكون إحداهما أولى من الأخرى انتهى (وإن لم يكن لهما بينة) أي عجزا عن إقامة البينة (تحالفا عند أبي حنيفة ، ولا يفسخ النكاح لأن أثر التحالف في انعدام التسمية ، وإنه لا يخل بفسخ النكاح لأن المهر تابع فيه) أي في النكاح فلا حاجة إلى الفسخ (بخلاف البيع لأن عدم التسمية يفسده) لبقائه بيعا بلا ثمن وهو فاسد (على ما مر) أي في كتاب البيوع ، بل في هذا الباب أيضا حيث قال : ويقال إذا لم يثبت البذل بتي بيعا بلا بدل وهو فاسد (فيفسخ) أي البيع ، قال صاحب النهاية : فإن قلت : النص

في المهر فادعى الزوج أنه تزوجها بألف وقالت تزوّجني بألفين فأيهما أقام البينة قبلت بينته لأنه نورّ دعواه بالحجة . أما قبول بينة المرأة فظاهر لأنها تدعى الزيادة ، وإنما الإشكال في قبول بينة الزوج لأنه منكر لازيادة فكان عليه العيين لا البينة ، وإنما قبلت لأنه مدع في الصورة وهي كافية لقبولها كما ذكرنا (وإن أقاما) فلا يخلو : إما أن يكون مهر المثل أقل مما ادّعته أولا ، فإن كان الأول (فالبينة للمرأة لأنها تثبت الزيادة) وإن كان الثاني فالبينة للزوج لأنها تثبت الخطّ وبينتها لا تثبت شيئا لثبوت ما ادّعته بشهادة مهر المثل (وإن عجزا عنها تحالفا عند أبي حنيفة ، ولا يفسخ النكاح لأن أثر التحالف في انعدام التسمية وإنه لا يخل بفسخ النكاح لأن المهر تابع فيه ، بخلاف البيع لأن عدم التسمية يخلّ بفسخه) لبقائه بلا ثمن وهو ليس بصحيح (فيفسخ) البيع . فإن قيل : التحالف مشروع في البيع والنكاح ليس في معناه سلمناه ، لكن فائدته فسخ العقد والنكاح هاهنا

يدعى عقدا غير العقد الذي يدعيه صاحبه والآخر ينكر ، وسيجيء جوابه في درس الاختلاف في الإجارة (قال المصنف : معناه إذا كان مهر مثلها أقل البع) أقوله : قال أكمل الدين : وإن لم يكن أقل فالبينة للزوج لأنها تثبت الخطّ وبينتها لا تثبت شيئا لثبوت ما ادّعته بشهادة

(ولكن يحكم مهر المثل ، فإن كان مثل ما اعترف به الزوج أو أقل قضى بما قال الزوج) لأن الظاهر شاهد له (وإن كان مثل ما ادعته المرأة

بشرعية التحالف إنما ورد في البيع والنكاح ليس في معناه وهو ظاهر فكيف تعدى حكم النص من البيع إلى النكاح ، أو نقول : إن التحالف إنما شرع في عقد يحتمل الفسخ لما أن الفسخ من أحكام التحالف ولا فسخ في النكاح بعد التحالف بالاتفاق فيجب أن لا يشرع فيه التحالف لعدم حكمه . قلت : أما الأول وهو ورود النص في البيع قلنا : إن المعنى الموجب للتحالف هناك موجود هاهنا من كل وجه فيثبت التحالف في النكاح أيضا بدلالة النص ، وذلك لأن الموجب للتحالف هناك هو أن كل واحد من المتعاقدين مدّع ومنكر ؛ ولم يمكن ترجيح أحدهما على الآخر في الدعوى والإنكار لتساويهما فيهما ، فلذلك قوبلت بينهما ويمينهما لأن كل واحد منهما ينكر ما يدعيه الآخر فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه ثمسكا بقوله صلى الله عليه وسلم « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » وأما الثاني وهو أن الفسخ حكم التحالف والفسخ ليس بثابت هاهنا وجوابه مذكور في الكتاب . وإيضاح ذلك هو أن التحالف إنما أوجب الفسخ في التحالف لأنه لما تعذر إثبات دعوى كل واحد منهما بسبب يمين الآخر لزم إخلاء العقد عن البذل ، والبذل إذا خلا في البيع يفسد البيع والفساد يفسخ . وأما النكاح إذا خلا العوض عنه فلا يفسد كما لو لم يذكر التسمية ، وإذا لم يفسد النكاح لا يفسخ إذا فسخ إنما كان بسبب الفساد فافترقا ، إلى هذا أشار في الفوائد الظهيرية انتهى . وقد اقتنى أثره في هذين السؤالين وهذين الجوابين صاحب معراج الدراية وصاحب العناية . أقول : في كل واحد من الجوابين بحث . أما في الأول فلأن المعنى الموجب للتحالف وهو كون كل واحد من المتعاقدين مدعيا ومنكرا مع عدم إمكان ترجيح أحدهما على الآخر إنما يوجد هاهنا قبل تسليم المرأة بضعها إلى الزوج ، وأما بعد التسليم فلا يوجد لأن الزوج لا يدعى على المرأة حينئذ شيئا إذ المعقود عليه سالم له . بقي دعوى المرأة في زيادة المهر والزواج ينكرها على قياس ما تقرر في الاختلاف في البيع بعد القبض ، والمسئلة فيما نحن فيه ليست بمفروضة قبل القبض بل هي عامة لما قبل القبض وما بعده ، بل كانت مصورة في بعض الشروح بصورة تفصح بما بعد القبض فبقى السؤال في هذه الصورة ، إلا على قول محمد فإنه يرى النص معلولا بعد القبض أيضا كما مر . وأما في الثاني فلأن حاصله بيان سبب عدم ثبوت الفسخ في النكاح ، وهو لا يدفع السؤال إذ ليس فيه ما يشعر بالنزاع أو التردد في عدم ثبوت الفسخ في النكاح ، بل حاصله أن التحالف إنما شرع لحكمه وهو الفسخ ، فإن لم يثبت الفسخ في النكاح ينبغي أي لا يجري فيه التحالف أيضا ، ويؤيده أن التحالف لم يجر فيها إذا اختلفا في الإقالة في السلم لعدم احتمال الإقالة في باب السلم الفسخ كما مر قبيل مسئلتنا هذه فتأمل (ولكن يحكم مهر المثل) هذا استدراك من قوله ولا يفسخ النكاح أي لكن يحكم مهر المثل لقطع النزاع (فإن كان) أي مهر المثل (مثل ما اعترف به الزوج أو أقل) أي مما اعترف به الزوج (قضى بما قال الزوج لأن الظاهر) أي ظاهر الحال (شاهد له) أما في صورة كون مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج فظاهر موافقة قوله مهر المثل ؛ وأما في صورة كون مهر المثل أقل مما اعترف به الزوج فلكون قوله أقرب إلى مهر المثل من قولها (وإن كان) أي مهر المثل (مثل ما ادعته المرأة أو أكثر) أي مما ادعته المرأة (قضى بما ادعت المرأة) لا يفسخ . أجب بأن موجه في البيع كون كل واحد من المتعاقدين مدعيا ومنكرا مع عدم إمكان الترجيح ، وهو هاهنا موجود فالحق به ، وإنما لا يفسخ النكاح لما ذكر في الكتاب . وتوضيحه أن الفسخ في البيع إنما كان لبقاء العقد بلا بدل والنكاح ليس كذلك ، لأن له موجبا أصليا يصار إليه عند انعدام التسمية . هذا على طريق تخصيص العلل والمجوز مخلص ومخلص غيره معلوم (قوله ولكن يحكم مهر المثل) استدراك من قوله ولا يفسخ النكاح : أي لكن يحكم مهر المثل لقطع النزاع (فإن كان مثل ما اعترف به الزوج أو أقل قضى بما قال الزوج لأن الظاهر شاهد له ، وإن كان مثل ما ادعته المرأة)

مهر المثل انتهى . قال الإمام الترمذاني : وقيل بينها أولى لأنها تثبت الزيادة انتهى . ولا يخفى عليك أن إطلاق القدوري يلائم هذا القول ، فقول المصنف ومعناه محل كلام .

أو أكثر قضى بما ادعته المرأة ، وإن كان مهر المثل أكثر مما اعترف به الزوج وأقل مما ادعته المرأة قضى لها بمهر المثل (لأنهما لما تحالفا لم تثبت الزيادة على مهر المثل ولا الحط عنه . قال رحمه الله : ذكر التحالف أولاً ثم التحكيم ، وهذا قول الكرخي رحمه الله لأن مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية وسقوط اعتبارها بالتحالف ولهذا يقدم في الوجوه كلها ، ويبدأ بيمين الزوج عند أبي حنيفة ومحمد تعجيلاً لفائدة النكول كما في المشتري ، وتخريج الرازي بخلافه

لأن الظاهر شاهد لما حينئذ لمثل ما بيناه آنفاً (وإن كان مهر المثل أكثر مما اعترف به الزوج وأقل مما ادعته المرأة قضى لها بمهر المثل لأنهما لما تحالفا لم تثبت الزيادة على مهر المثل (أى بسبب حلف الزوج (ولا الحط عنه) أى بسبب حلف المرأة (قال) أى المصنف (ذكر) أى القدوري (التحالف أولاً ثم التحكيم ، وهذا) أى ما ذكره القدوري (قول الكرخي لأن مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية) لأنه موجب نكاح لا تسمية فيه (وسقوط اعتبارها بالتحالف) أى وسقوط اعتبار التسمية إنما هو بالتحالف (فلهاذا يقدم) أى التحالف (في الوجوه كلها) يعنى فيما إذا كان مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج أو أقل منه ، أو كان مثل ما ادعته المرأة أو أكثر منه ، أو كان أكثر مما اعترف به الزوج وأقل مما ادعته المرأة فهذه خمسة وجوه (ويبدأ بيمين الزوج عند أبي حنيفة ومحمد تعجيلاً لفائدة النكول) لأن أول التسليمين عليه فيكون أول اليمينين عليه ، كذا في النهاية ومراج الدراية نقلاً عن الفتاوى الظهيرية (كما في المشتري) أى كما يبدأ بيمين المشتري على القول الصحيح تعجيلاً لفائدة النكول كما مر (وتخريج الرازي بخلافه) أى تخريج أبي بكر الرازي ، بخلاف قول الكرخي فإن الرازي يقول بتحكيم مهر المثل أولاً إذا

أو أكثر قضى بما قالت كذلك ، وإن كان أكثر مما اعترف به وأقل مما ادعته قضى لها بمهر المثل ، لأنهما لما تحالفا لم تثبت الزيادة على مهر المثل ولا الحط عنه (قال المصنف رحمه الله : ذكر التحالف أولاً ثم التحكيم ، وهذا قول الكرخي لأن مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية) لأنه موجب نكاح لا تسمية فيه (وسقوط اعتبارها) إنما هو (بالتحالف فلهاذا يقدم) التحالف (في الوجوه كلها) يعنى فيما إذا كان مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج أو أقل منه ، أو مثل ما ادعته المرأة أو أكثر منه ، أو كان بينهما ، فهى خمسة وجوه . وأما في قول الرازي فلا تحالف إلا في وجه واحد وهو ما إذا لم يكن مهر المثل شاهداً لأحدهما ، وفيما عداه فالقول قوله يمينه إذا كان مهر المثل مثل ما يقوله أو أقل ، وقولها مع يمينها إذا كان مثل ما ادعته أو أكثر . قال في النهاية وهذا هو الأصح لأن تحكيم مهر المثل ليس لإيجاب مهر المثل بل لمعرفة من يشهد له الظاهر ، ثم الأصل في الدعاوى أن يكون القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه . وذكر في بعض الشروح قالوا : إن قول الكرخي هو الصحيح لأن وجود التسمية يمنع المصير إلى مهر المثل وهي موجودة باتفاقهما . وأقول : إن أرادوا بقولهم هو الصحيح أن غيره يجوز أن يكون أصح فلا كلام ، وإن أرادوا أن غيره فاسد فالحق ما قاله صاحب النهاية لأن التسمية تمنع المصير إلى مهر المثل لإيجابه ، وأما لتحكيمه لمعرفة من يشهد له الظاهر فمنوع . ولقائل أن يقول : ما بالهم لا يحكمون قيمة المبيع إذا اختلف المتبايعان في الثمن لمعرفة من يشهد له الظاهر كما في النكاح فإنه لا محظور فيه . ويمكن أن يجاب عنه بأن مهر المثل معلوم ثابت يقيّن فجاز أن يكون حكماً ، بخلاف القيمة فإنها تعلم بالخبر والظن فلا تفيد المعرفة فلا تجعل حكماً (ويبدأ بيمين الزوج عند أبي حنيفة ومحمد تعجيلاً لفائدة النكول) فإن أول التسليمين عليه (كما في المشتري وتخريج الرازي بخلافه) وهو التحكيم أولاً ثم التحليف

(قال المصنف : وسقوط اعتبارها بالتحالف) أقول : لو سقط اعتبارها بالتحالف لكان الواجب في الصور الخمس مهر المثل لظهور أن في التحكيم اعتبار التسمية فليتأمل ، وجوابه أن المراد أخذنا بإقراره (قوله وذكر في بعض الشروح) أقول : يعنى غاية البيان (قوله وأقول إن أرادوا بقولهم هو الصحيح أن غيره يجوز الخ) أقول : فيه بحث (قوله ويمكن أن يجاب عنه بأن مهر المثل الخ) أقول : فيه شيء ظاهر . بل الفارق أن الواجب الأصل في باب النكاح هو مهر المثل ، بخلاف البيع فإن الأصل فيه هو الثمن المسمى .

وقد استقصيناه في النكاح وذكرنا خلاف أبي يوسف فلا نعيده (ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسئلة المتقدمة، إلا أن قيمة الجارية إذا كانت مثل مهر المثل يكون لها قيمتها دون عينا) لأن تملكها لا يكون

شهد مهر المثل لأحدهما، ثم يقول بالتحالف إذا لم يشهد ذلك لأحدهما. قال المصنف (وقد استقصيناه) أي تخريج الرازي (في النكاح) أي في كتاب النكاح (وذكرنا خلاف أبي يوسف) وهو أن القول في جميع ذلك قول الزوج إلا أن يأتي بشيء قليل، وفي رواية: إلا أن يأتي بشيء مستنكر. وتكلموا في تفسيره على ما مريانه في كتاب النكاح (فلا نعيده) أي لانعيد ذكر خلافه هاهنا. قال صاحب النهاية: وهذا أي قول الرازي هو الأصح: لأن تحكيم مهر المثل هاهنا ليس لإيجاب مهر المثل بل لمعرفة من يشهد له الظاهر، ثم الأصل في الدعاوى أن يكون القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه، كذا ذكره الإمام قاضيخان والمحبوبي انتهى. وقال صاحب غاية البيان: قالوا: إن قول الكرخي هو الصحيح لأن مهر المثل لا يثبت مع وجود التسمية، وإنما تنعدم التسمية بالتحالف لأنه حينئذ يكون كأن العقد لم يكن فيه تسمية أصلا فيصار إلى مهر المثل، فلما لم يثبت مهر المثل مع وجود التسمية كيف يكون الظاهر مع الذي وافقه مهر المثل انتهى. وقال صاحب العناية: أقول: إن أرادوا بقولهم هو الصحيح أن غيره يجوز أن يكون أصح فلا كلام، وإن أرادوا أن غيره فاسد فالحق ما قاله صاحب النهاية، لأن التسمية تمنع المصير إلى مهر المثل لإيجابه، وأما لتحكيمه لمعرفة من يشهد له الظاهر فممنوع انتهى. وأنا أقول: إن قوله إن أرادوا بقولهم هو الصحيح أن غيره يجوز أن يكون أصح، فلا كلام ليس بصحيح إذ لا مجال لإرادة هذا المعنى من ذلك اللفظ، لأنهم ما قالوا هو صحيح حتى لا ينافي كون غيره أصح، بل قالوا هو الصحيح بقصر المسند على المسند إليه وهو قصر الصفة على الموصوف كما ترى، فإذا كانت صفة الصحة لأكثر زيادة الصحة، اللهم إلا أن يكون مراده لا كلام في المراد لا في الإرادة فتأمل. ثم قال صاحب العناية: ولقائل أن يقول: ما بالهم لا يحكمون قيمة المبيع إذا اختلف المتبايعان في الثمن لمعرفة من يشهد له الظاهر كما في النكاح فإنه لا محذور فيه. ويمكن أن يجاب عنه بأن مهر المثل معلوم ثابت يبين فجاز أن يكون حكما، بخلاف القيمة فإنه تعلم بالحرز والظن فلا تفيد المعرفة فلا تجعل حكما انتهى. وأقول: في جوابه تحكم، حيث جعل مهر المثل أمرا معلوما ثابتا يبين، والقيمة أمرا مظنونا غير مفيد للمعرفة، والحال أنهما إن كانا متفاوتين في المعرفة فمهر المثل أخفى من القيمة، إذ قد تقرر في باب المهر أن مهر المثل يعتبر بقرابة المرأة من قوم أبيها ويعتبر فيه التساوي بين المرأتين سنا وجمالا ومالا وعقلا ودينا وبلدا وعصرا وبكارة وثيابة، ولا يخفى أن معرفة هذه الشرائط عسر جدا، بخلاف القيمة إذ يكفي فيها نوع خبرة بأحوال الأمتعة كما لا يخفى. فالصواب في الجواب ما ذكره صاحب النهاية والكفاية حيث قالوا: قلنا القضاء هناك بما يدعيه أحدهما غير ممكن، وإن كانت القيمة مطابقة لما يدعيه أحدهما لأن القيمة لا يمكن إثباتها بمثل العقد، ومهر المثل يمكن إثباته مهرا بمطلق العقد، وهذا هو الفرق بينهما انتهى. وقال صاحب النهاية: إلى هذا أشار في الفوائد الظهيرية: ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسئلة المتقدمة (يعني أنه يحكم بمهر المثل أولا، فمن شهد له فالقول له وإن كان بينهما يتحالفان وإليه مال فخر الإسلام وهو تخريج الرازي، وأما على تخريج الكرخي فيتحالفان أولا كما تقدم، إلا أن قيمة الجارية إذا كانت مثل مهر المثل يكون لها قيمتها دون عينا لأن تملكها لا يكون

(كما ذكرناه وذكرنا خلاف أبي يوسف) وهو أن القول في جميع ذلك قول الزوج قبل الطلاق وبعده إلا أن يأتي بشيء مستنكر: يعني في باب المهر (فلا نعيده، ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسئلة المتقدمة) يعني أنه يحكم بمهر المثل أولا، فمن شهد له فالقول له وإن كان بينهما يتحالفان وإليه مال فخر الإسلام وهو تخريج الرازي. وأما على تخريج الكرخي فيتحالفان أولا كما تقدم، إلا أن قيمة الجارية إذا كانت مثل مهر المثل يكون لها قيمتها دون عينا لأن تملكها لا يكون

(قوله في باب المهر) أقول: متعلق بما سبق من قوله كما ذكرناه وذكرنا خلاف أبي يوسف.

إلا بالراضى ولم يوجد فوجبت القيمة (وإن اختلفا في الإجارة قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا وتراداً) معناه اختلفا في البذل أو في المبدل لأن التحالف في البيع قبل القبض على وفاق القياس على مامر ، والإجارة قبل القبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع وكلامنا قبل استيفاء المنفعة (فإن وقع الاختلاف في الأجرة يبدأ يمين المستأجر) لأنه منكر لوجوب الأجرة

إلا بالراضى ولم يوجد) أى التراضى (فوجبت القيمة) أى قيمة الجارية (وإن اختلفا في الإجارة قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا وتراداً) هذا لفظ القدورى في مختصره . قال المصنف (معناه اختلفا في البذل) أى الأجرة (أو في المبدل) أى المعقود عليه وهو المنفعة ، وهذا احتراز عن اختلافهما في الأجل ، فإنه لا يجرى التحالف بينهما فيه . بل القول فيه قول من ينكر الزيادة . كذا في النهاية ومراج الدراية . ثم إن الظاهر كان أن يزيد المصنف على قوله في البذل أو المبدل أو فيهما كما زاده صاحب الكافي ليتناول الصورة الثلاثة الآتية ، فكأنه أراد بقوله في البذل أو المبدل منع الخلو احترازاً عما ذكرناه آنفاً لا منع الجمع فيتناولهما أيضاً فتدبر (لأن التحالف في البيع قبل القبض على وفاق القياس) من حيث أن كل واحد من المتبايعين منكر لما يدعيه صاحبه فكان اليمين على من أنكر (على مامر) أى في أول هذا الباب (والإجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع) من حيث أن كل واحد منهما عقد معاوضة يلحقه الفسخ ليس فيه معنى التبرع (وكلامنا قبل استيفاء المنفعة) لأن وضع مسئلتنا في الاختلاف في الإجارة قبل استيفاء المعقود عليه فصار الاختلاف في الإجارة قبل قبض المنفعة كالاختلاف في البيع قبل قبض المبيع فجرى التحالف هاهنا كما جرى ثمة . فإن قيل : قيام المعقود عليه شرط التحالف والمنفعة معدومة فوجب أن لا يجرى فيها التحالف . قلنا : في معدوم يجرى التحالف كما في السلم وأن العين المستأجرة أقيمت مقام المنفعة في حق إيراد العقد عليها فصارت كأنها قائمة ، كذا ذكره الإمام الزيلعى في التبيين (فإن وقع الاختلاف في الأجرة يبدأ يمين المستأجر لأنه منكر لوجوب الأجرة) أى لوجوب زيادة الأجرة على حذف المضاف . قال صاحب العناية أخذنا من شرح تاج الشريعة : فإن قيل : كان الواجب أن يبدأ يمين الآجر لتعجيل فائدة النكول ، فإن تسليم المعقود عليه واجب أولاً على الآجر ثم وجبت الأجرة على المستأجر بعده . أوجب بأن الأجرة إن كانت مشروطة بالتعجيل فهو الأسبق لإنكاراً فيبدأ به ، وإن لم تشترط لا يمتنع الآجر من تسليم العين المستأجرة لأن تسليمه لا يتوقف على قبض الأجرة فبقي إنكار المستأجر لزيادة الأجرة فيحلف انتهى . وقد اقتفى أثره الشارح العيني . أقول : في الجواب بحث من وجوه : الأول أن المؤجر وإن لم يمتنع من تسليم العين المستأجرة بما ادعاه من الأجرة ولكن يمتنع من تسليمها بما اعترف به المستأجر منها فإن تسليمه إياها وإن لم يتوقف على قبض الأجرة إلا أنه يتوقف على تعيينها وإلا لم يكن المؤجر منكراً لوجوب تسليم المعقود عليه بما عينه المستأجر فيلزم أن لا تكون الإجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع وهذا خلف . والثاني أن ما ذكره هاهنا منقوض بما إذا اختلف المتبايعان في المبيع دون الثمن فإن المشتري هناك أيضاً لا يمتنع من تسليم الثمن بناء على أن تسليمه لا يتوقف على قبض المبيع مع أنه يبدأ فيه يمين المشتري كما يبدأ يمينه في صورة الاختلاف في الثمن ، ويعلل بتعجيل فائدة النكول . والثالث أن قوله فبقي إنكار المستأجر لزيادة الأجرة فيحلف إن أراد به أنه لا إنكار للمؤجر أصلاً كما هو المتبادر من العبارة فليس بصحيح ، إذ يلزم حينئذ أن لا يحلف المؤجر أصلاً فيختل وضع المسئلة لأن وضعها

إلا بالراضى ولم يوجد فوجبت القيمة . قال (وإن اختلفا في الإجارة الخ) إذا اختلفا في الإجارة في البذل : أى الأجرة أو المبدل ، فلما أن يكون قبل استيفاء كل المعقود عليه أو بعد ذلك أو بعد استيفاء بعضه ، فن أقام البيئة قبلت بيئته لأنه نور دعواه بالحجة . وإن أقامها ، فإن كان الاختلاف في الأجرة فبيئة المؤجر أولى لأنها تثبت الزيادة ، وإن كان في المنفعة فبيئة المستأجر كذلك ، وإن كان فيهما قبلت بيئة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل مثل أن يدعى هذا شهراً بعشرين وذاك شهرين بعشرة فيقضى

(قوله هذا شهراً بعشرين وذاك الخ) أقول : قوله هذا إشارة إلى المؤجر وذاك إشارة إلى المستأجر .

(وإن وقع في المنفعة يبدأ يمين المؤجر ، وأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه ، وأيهما أقام البيئة قبلت ، ولو أقامها فبينة المؤجر أولى إن كان الاختلاف في الأجرة ، وإن كان في المنافع فبينة المستأجر أولى ، وإن كان فيها قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل) نحو أن يدعى هذا شهرا بعشرة والمستأجر شهرين بخمسة يقضى بشهرين بعشرة . قال (وإن اختلفا بعد الاستيفاء لم يتحالفا

في التحالف لا في حلف الواحد . وإن أراد به أن للمؤجر أيضا إنكارا إلا أن في إنكار المستأجر ما يقتضي البدء بيمينه فهو أول المسئلة ولم يظهر بعد . ثم إن تاج الشريعة أجاب بعد الجواب المذكور بوجه آخر حيث قال : ولأن الإجارة اعتبرت بالبيع ، ومن شرط القياس أن لا يغير حكم النص في الفرع بل يعدى حكم الأصل بعينه وذلك فيما قلنا انتهى . أقول : وفيه أيضا بحث لأن هذا منقوض بالصورة الثانية الآتية ، وهي ما إذا وقع الاختلاف في المنفعة فإنه يبدأ فيها يمين المؤجر فيلزم ما ذكر أن يغير فيها حكم النص ، وأن لا يعدى حكم الأصل بعينه فإن حكمه أن يبدأ يمين المشتري من غير فصل بين أن يقع الاختلاف في البدل وأن يقع في المبدل على مامر . ثم إن التحقيق أن حكم النص مجرد ثبوت التحالف للمتعاقدين عند اختلافهما في العقد من غير تعيين من يبدأ بيمينه منهما ، وإنما يستفاد ذلك من دليل آخر فلا يلزم تغيير النص في شيء من الصورتين ولا يتم الجواب (وإن وقع) أي الاختلاف (في المنفعة بدئ يمين المؤجر) لأنه منكر لزيادة المنفعة (وأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه) لأن تكوله بدل أو إقرار على مامر (وأيهما أقام البيئة قبلت) لأنه نذر دعواه بالحجة (ولو أقامها) أي البيئة (فبينة المؤجر أولى إن كان الاختلاف في الأجرة) لأن بينته تثبت الزيادة حينئذ (وإن كان) أي الاختلاف (في المنافع فبينة المستأجر) أي فبينة المستأجر أولى لأنها تثبت الزيادة حينئذ (وإن كان فيهما) أي وإن كان الاختلاف في الأجرة والمنافع معا (قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل نحو أن يدعى هذا) أي المؤجر (شهرا بعشرة والمستأجر شهرين بخمسة يقضى بشهرين بعشرة) لا يقال : كان الأحسن أن يقدم ذكر أحوال إقامة البيئة على ذكر أحوال اليمين والتكول لأن المصير إلى اليمين بعد العجز عن إقامة البيئة والتكول فرع تكليف اليمين وقد عكس المصنف الأمر . لأنا نقول : العمدة في هذا الباب بيان أمر التحالف وباقي الأقسام استطرادى ، فقدم الأهم في هذا المقام ، فكان صاحب العناية لم ينتبه لهذه النكتة حيث غير أسلوب المصنف فقدم ذكر أحوال إقامة البيئة (قال) أي القدوري في مختصره (وإن اختلفا بعد الاستيفاء) أي بعد استيفاء المعقود عليه بتمامه (لم يتحالفا

بشهرين بعشرين ، وإن عجزا تحالفا وترادى في الأول لأن التحالف في البيع قبل القبض على وفاق القياس كما مر ، والإجارة قبل استيفاء المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع في كونهما عقد معاوضة يقبل الفسخ ، فإن وقع الاختلاف في الأجرة بدئ يمين المستأجر لأنه منكر لوجوب الزيادة . فإن قيل : كان الواجب أن يبدأ يمين الآجر لتعجيل فائدة التكول فإن تسليم المعقود عليه واجب أولا على الآجر ثم وجبت الأجرة على المستأجر بعده . أجيب بأن الأجرة إن كانت مشروطة التعجيل فهو الأسبق إنكارا فيبدأ به ، وإن لم تشترط لا يمتنع الآجر من تسليم العين المستأجرة لأن تسليمه لا يتوقف على قبض الأجرة فبقى إنكار المستأجر لزيادة الأجرة فيحلف ، وإن وقع الاختلاف في المنفعة بدئ يمين الآجر لذلك ، وأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه ولم يتحالفا في الثاني والقول قول المستأجر . وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف ظاهر ، لأن هلاك المعقود عليه يمنع التحالف على أضلهما ، وكذا على أصل محمد ، لأن فائدة التحالف فسخ العقد والعقد يقتضي وجود المعقود عليه أو ما قام مقامه من القيمة وليس شيء منهما بموجود في الإجارة . أما المعقود عليه وهو المنفعة فلا أنه عرض لا يبق زمانين ، وأما ما يقوم مقامه فلا أن المنافع لا تقوم بنفسها

(قوله يقبل الفسخ) أقول : والإجارة بعد الاستيفاء لا تقبل الفسخ (قوله واجب أولا على الآجر) أقول : فهو أسبق إنكارا (قوله فيبدأ به) أقول : مع تعجيل فائدة التكول أيضا (قوله لأن تسليمه لا يتوقف الخ) أقول : لكن يتوقف على تعيينها فيمتنع قبله ، كيف ولو صح ما ذكره لم يكن المؤجر في معنى البائع ، إذ لا ينكر حينئذ وجوب تسليم المعقود عليه بما عين من الأجرة فلا يستقيم القياس هذا خلف .

وكان القول قول المستأجر) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف ظاهر . لأن هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما . وكذا على أصل محمد لأن الهلاك إنما لا يمنع عنده في المبيع لما أن له قيمة تقوم مقامه فيتحالفان عليها . ولو جرى التحالف هاهنا وفسخ العقد فلا قيمة لأن المنافع لا تقوم بنفسها بل بالعقد وتبين أنه لا عقد . وإذا امتنع فالقول للمستأجر مع يمينه لأنه هو المستحق عليه (وإن اختلفا بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقي وكان القول في الماضي قول المستأجر) لأن العقد ينقصد ساعة فساعة فيصير في كل جزء من المنفعة كأن ابتداء العقد عليها ، بخلاف البيع لأن العقد فيه دفعة واحدة . فإذا تعذر في البعض تعذر في الكل . قال (وإذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند أبي حنيفة . وقالوا : يتحالفا وتفسخ الكتابة) وهو قول الشافعي لأنه عقد معاوضة يقبل الفسخ فأشبه البيع ، والجامع أن المولى يدعى بدلا زائدا ينكره العبد والعبد يدعى استحقاق العتق عليه

وكان القول قول المستأجر ، وهذا) أي عدم التحالف هاهنا (عند أبي حنيفة وأبي يوسف ظاهر ، لأن هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما) وقد هلك المعقود عليه هاهنا بعد الاستيفاء لأنه المنفعة وهي عرض والعرض لا يبيق زمانين (وكذا على أصل محمد لأن الهلاك إنما لا يمنع عنده في المبيع لما أن له) أي للمبيع (قيمة تقوم مقامه) لأن العين متقومة بنفسها فكانت القيمة قائمة مقامها (فيتحالفا عليها) أي فيتحالفا المتعاقدان عنده على القيمة (ولو جرى التحالف هاهنا وفسخ العقد) بناء على أن فائدة التحالف هي الفسخ (فلا قيمة) أي للمعقود عليه (لأن المنافع لا تقوم بنفسها بل بالعقد) أي بل تقوم بالعقد (وتبين أنه لا عقد) أي وتبين بحلفهما أنه لا عقد بينهما لانفساخه من الأصل ، فظهر حينئذ أنه لا قيمة للمنفعة ، وإذا كان كذلك كان المبيع غير قائم ولا الذي يقوم مقامه فامتنع التحالف (وإذا امتنع فالقول للمستأجر مع يمينه لأنه هو المستحق عليه) أي هو الذي استحق عليه ، ومتى وقع الاختلاف في الاستحقاق كان القول قول المستحق عليه ، كذا في الكافي (وإن اختلفا بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقي وكان القول في الماضي قول المستأجر) هذا لفظ القدوري في مختصره . قال المصنف في تعليقه (لأن العقد) أي عقد الإجارة (ينقصد ساعة فساعة) على حسب حدوث المنفعة (فيصير) أي العقد (في كل جزء من المنفعة كأن ابتداء العقد عليها) أي على كل جزء من المنفعة فصار ما بقي من المنافع كالمفرد بالعقد فكان الاختلاف بالنسبة إليه قبل استيفاء المعقود عليه ، وفيه التحالف . وأما الماضي فالقول فيه قول المستأجر لأن المنافع الماضية هالكة ، فكان الاختلاف بالنسبة إليها بعد الاستيفاء ولا تحالف فيه ، والقول قول المستأجر بالاتفاق كما مر آنفا (بخلاف البيع لأن العقد فيه دفعة واحدة ، فإذا تعذر في البعض تعذر في الكل) ضرورة (قال) أي القدوري في مختصره (وإذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند أبي حنيفة) والقول للعبد مع يمينه ، كذا في الكافي وغيره (وقالوا : يتحالفا وتفسخ الكتابة ، وهو قول الشافعي لأنه عقد معاوضة يقبل الفسخ فأشبه البيع ، والجامع أن المولى يدعى بدلا زائدا ينكره العبد والعبد يدعى استحقاق العتق عليه)

بل بالعقد وتبين بحلفهما أن لا عقد بينهما لانفساخه من أصل العقد فلا يكون لها قيمة يرد عليها الفسخ ، وإذا امتنع التحالف فالقول للمستأجر مع يمينه لأنه هو المستحق عليه ، وفي الثالث يتحالفا ، وفسخ العقد فيما بقي لأن العقد ينقصد ساعة فساعة فيصير في كل جزء من المنفعة كأن ابتداء العقد عليها ، فكان الاختلاف بالنسبة إلى ما بقي قبل استيفاء المنافع وفيه التحالف . وأما الماضي فالقول فيه قول المستأجر لأن المنافع الماضية هالكة ، فكان الاختلاف بالنسبة إليها بعد الاستيفاء ، ولا تحالف فيه والقول قول المستأجر بالاتفاق ، بخلاف البيع لأن العقد ينقصد فيه دفعة واحدة ، فإذا تعذر في البعض تعذر في الكل . قال (وإذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة الخ) إذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند أبي حنيفة ، وقالوا :

(قال المصنف : لأن هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما ، وكذا على أصل محمد) أقول : لم يستدل على عدم جريان التحالف بعد الاستيفاء

عند أداء القدر الذى يدعيه والمولى ينكره فيتخالفان كما إذا اختلفا فى الثمن . ولأئى حنيقة أن البذل مقابل بفك الحجر فى حق اليد والتصرف للحال وهو سالم للعبد وإنما ينقلب مقابلا بالعنق عند الأداء فقبله لامقابلة فبقي اختلافا فى قدر البذل لاغير فلا يتخالفان . قال (وإذا اختلف الزوجان فى متاع البيت فما يصلح للرجال فهو للرجل كالعمامة) لأن الظاهر شاهد له (وما يصلح

أى على المولى) عند أداء القدر الذى يدعيه والمولى ينكره فيتخالفان كما إذا اختلفا (أى المتبايعان) فى الثمن . ولأئى حنيقة أن البذل (أى بدل الكتابة) مقابل بفك الحجر (لأن الكتابة عقد معاوضة ، وقد وجب بدل الكتابة على العبد فيجب أن يثبت للعبد أيضا شيء وما ذلك إلا فك الحجر (فى حق اليد والتصرف للحال) اللام فى الحال متعلق بمقابل أى مقابل للحال (وهو) أى فك الحجر فى حق اليد والتصرف (سالم للعبد) لانفاق العبد والمولى على ثبوت الكتابة (وإنما ينقلب) أى بدل (مقابلا بالعنق عند الأداء) أى عند أداء المكاتب بدل الكتابة بتمامه (فقبله) أى قبل الأداء (لا مقابلة) أى لامقابلة بالعنق وإلا لعنت قبل الأداء وليس كذلك قطعا . وكان هذا نظير إجارة الدار حيث جعلنا رقبة الدار فى ابتداء العقد فى الإجارة أصلا ثم ينتقل منها إلى المنفعة وهى المطلوبة آخرا ، فكذا فى الكتابة جعلنا الفاك فى حق اليد والتصرف أصلا فى ابتداء العقد ، ثم عند الأداء جعلنا العنق أصلا وانتقل من فك الحجر إلى العنق ، كذا فى النهاية والكفاية (فبقي اختلافا فى قدر البذل لاغير) يعنى إذا كان ما يقابل البذل فى الحال سالما للعبد فقد بقي أمرهما اختلافا فى قدر البذل لاغير (فلا يتخالفان) لأن العبد لا يدعى شيئا على المولى ، بل هو منكر لما يدعيه المولى من الزيادة والقول قول المنكر مع يمينه ، وإن أقام أحدهما بينة تقبل بينته لأنه نور دعواه بها ، وإن أقام البينة كانت بينة المولى أولى لأنها تثبت الزيادة ، إلا أنه إذا أدى قدر ما أقام البينة عليه يعتق لأنه أثبت الحرية لنفسه عند أداء هذا القدر فوجب قبول بينته على ذلك فصار نظير مالوكاتبه على ألف درهم على أنه إن أدى خمسمائة يعتق ، ولا يمتنع أن يكون عليه بدل الكتابة بعد الحرية كما ذكرناه ، وكما لو استحق بدل الكتابة فإن الحرية لا ترتفع بعد الزول ويجب عليه البذل ، كذا ذكره الإمام الزيلعى فى التبيين (قال) أى القدورى فى مختصره (وإذا اختلف الزوجان فى متاع البيت فما يصلح للرجال فهو للرجل) أى مع اليمين ، وكذا فى جانب المرأة ، كذا فى النهاية ومراجع الدراية نقلا عن الإمام قاضيخان والإمام الترمذى (كالعمامة) والقنوس والقباء والكتب والقوس والدرع والمنظنة ونحوها (لأن الظاهر شاهد له) وفى الدعاوى القول قول من يشهد له الظاهر (وما يصلح

يتخالفان وتفسخ الكتابة ، وهو قول الشافعى لأنه عقد معاوضة يقبل الفسخ فأشبه البيع ، والجامع بينهما أن المولى يدعى بدلا زائدا ينكره العبد ، والعبد يدعى استحقاق العنق عليه عند أداء التمر الذى يدعيه والمولى ينكره ، فكان كالبيع الذى اختلف العاقدان فيه فى الثمن فيتخالفان . ولأئى حنيقة أن الكتابة عقد معاوضة وجب به البذل على العبد فى مقابلة فك الحجر فى حق اليد والتصرف فى الحال وهو سالم للعبد باتفاقهما على ثبوت الكتابة ، وإنما ينقلب مقابلا للعنق عند الأداء ، وهذا لأن البذل لا بد له من مبدل وليس فى العبد سوى اليد والرقبة ، فلو كان البذل مقابلا للرقبة للحال لعنت عند تمام العقد كما فى البيع فإن المشتري يملك رقبة المبيع عند تمامه ، وليس كذلك فتعين أن يكون للحال مقابلا لليد ثم ينقلب مقابلا للعنق عند الأداء فقبله لامقابلة فبقي اختلافا فى قدر البذل لاغير لأن العبد لا يدعى شيئا بل هو منكر لما يدعيه المولى من الزيادة ، والقول قول المنكر . قال (وإذا اختلف الزوجان فى متاع البيت الخ) إذا اختلف الزوجان فى متاع البيت فما يصلح للرجال كالعمامة والقوس والدرع والمنطقة فهو للرجل ، لأن الظاهر شاهد له وما يصلح للنساء كالوقاية وهى المعجزة ، وهى ما يشده المرأة على استدارة رأسها كالعصابة ، سميت بذلك لأنها تقي الحمار ، وكالمحففة فهى للمرأة مع اليمين لشهادة الظاهر لها . قال الإمام الترمذى (لا إذا كان الرجل

بكونه على خلاف القياس بعد القبض كما سبق مع أنه المناسب لتعليل المسئلة السابقة إذ لا يمت مذهب محمد فإنه يرى النص معلولا بعد القبض على ما مر فليأتنا من (قوله سميت بذلك لأنها تقي الحمار الخ) أقول : يعنى إنما سميت بالوقاية لأنها تقي الحمار (قوله لا إذا كان الرجل

للنساء فهو للمرأة كالوقاية) لشهادة الظاهر لها (وما يصلح لهما كالأنية فهو للرجل) لأن المرأة وما في يدها في يد الزوج والقول في الدعاوى لصاحب اليد ، بخلاف ما يختص بها لأنه يعارضه ظاهر أقوى منه ، ولا فرق بين ما إذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح أو بعد ما وقعت الفقرة (فإن مات أحدهما واختلفت ورثته مع الآخر فما يصلح للرجال والنساء فهو للباقي منهما) لأن اليد للحى دون الميت ، وهذا الذى ذكرناه قول أبى حنيفة .

للنساء فهو للمرأة كالوقاية) والدرع والخمار والملحفة والملاءة ونحوها (لشهادة الظاهر لها) قال الإمام الترمذى : إلا إذا كان الرجل صائغا وله أساور وخواتيم النساء والحلى والخلخال وأمثال ذلك ، فحينئذ لا يكون مثل هذه الأشياء لها ، وكذلك إذا كانت المرأة تباع ثياب الرجال ، كذا في الشروح وما يصلح لهما كالأنية) والذهب والفضة والأمتعة والعقار ونحوها (فهو للرجل لأن المرأة وما في يدها في يد الزوج) لأنه قوام عليها والسكنى تضاف إليه (والقول في الدعاوى لصاحب اليد) ألا يرى أنه لو تنازع اثنان في شيء وهو في يد أحدهما كان القول قوله كذا هنا (بخلاف ما يختص بها) أى بالنساء (لأنه يعارضه) أى يعارض ظاهر الزوج باليد (ظاهر أقوى منه) وهو يد الاختصاص بالاستعمال فجعلنا القول قولها كرجلين مختلفين في ثوب أحدهما لابسها والآخر متعلق بكفه فإن اللابس أولى ، كذا في الكافي وغيره . قال صاحب العناية : ويندفع بهذا ما إذا اختلف العطار والإسكاف في آلات الأساكفة والعطارين وهى في أيديهما فإنها تكون بينهما نصفين عند علمائنا ، ولم يرجح بالاختصاص لأن المراد به ما هو بالاستعمال ، ولم نشاهد استعمال الأساكفة والعطارين وشاهدنا كون هذه الآلات في أيديهما على السواء فجعلناها نصفين انتهى . أقول : فيه كلام ، وهو أن مقتضى هذا الفرق لزوم كون استعمال الزوج والمرأة مشاهدا فيما نحن فيه ، مع أن الظاهر مما ذكر في هذا الكتاب ، وفي سائر المعتمدين أن مجرد الصلاحية لأحدهما كاف في ترجيح وإن لم نشاهد استعماله (ولا فرق بين ما إذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح أو بعد ما وقعت الفقرة) أى لا فرق بينهما فيما مر من الجواب ، ثم إن ما ذكر حكم الاختلاف قبل موت أحدهما (فإن مات أحدهما واختلفت ورثته مع الآخر فما يصلح للرجال والنساء فهو للباقي منهما) أيهما كان (لأن اليد للحى دون الميت) أى لا يد للميت (وهذا الذى ذكرناه) يعنى من حيث الجملة لا من حيث التفصيل (قول أبى حنيفة) لأن المذكور من حيث التفصيل ليس قوله خاصة ، فإن كون ما يصلح للرجال فهو للرجل وما

صائغا وله أساور وخواتيم النساء والحلى والخلخال وأمثال ذلك ، فحينئذ لا يكون مثل هذه الأشياء لها ، وكذلك إذا كانت المرأة تباع ثياب الرجال (وما يصلح لهما كالأنية) والذهب والفضة والأمتعة والعقار (فهو للرجل لأن المرأة وما في يدها في يد الزوج ، والقول في الدعاوى لصاحب اليد) بخلاف ما يختص بها لأنه يعارض ظاهر الزوج باليد (ظاهر أقوى منه) وهو يد الاختصاص بالاستعمال ، فإن ما هو صالح للرجال فهو مستعمل للرجال ، وما هو صالح للنساء فهو مستعمل للنساء ، فإذا وقع الاشتباه يرجح بالاستعمال . ويندفع بهذا ما إذا اختلف العطار والإسكاف في آلات الأساكفة والعطارين وهى في أيديهما فإنها تكون بينهما نصفين عند علمائنا ، ولم يرجح بالاختصاص لأن المراد به ما هو بالاستعمال لا بالشبه ، ولم نشاهد استعمال الأساكفة والعطارين وشاهدنا كون هذه الآلات في أيديهما على السواء فجعلناها بينهما نصفين (ولا فرق بين ما إذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح أو بعد الفقرة ، فإن مات أحدهما واختلفت ورثته مع الآخر فما يصلح لهما فهو للباقي منهما) أيهما كان (لأن اليد للحى دون الميت ، وهذا الذى ذكرناه) يعنى من حيث الجملة لا التفصيل (قول أبى حنيفة) لأن المذكور من حيث التفصيل ليس قوله خاصة ، فإن كون ما يصلح للرجال فهو للرجل وما يصلح للنساء فهو للمرأة بالإجماع فلا اختصاص

صائغا الخ) أقول : قال الزيلعى : إلا إذا كان الزوج يبيع هذه الأشياء فلا يكون القول قولها لتعارض الظاهرين انتهى ، بل يكون القول قوله مع يمينه . ثم قال الزيلعى : وكذا إذا كانت المرأة تباع ما يصلح للرجال لا يكون القول قوله في ذلك انتهى . بل يكون القول قولها مع يمينها (قوله لأن المراد به ما هو بالاستعمال الخ) أقول : فيه تأمل ، فإننا لم نشاهد الاستعمال في متاع البيت أيضا بل استدللنا على الاستعمال بالصلاحية مع أن المرأة وما في يدها في يد الزوج وهناك الآلات في أيديهما على السواء . ثم اعلم أن الضمير في به في قوله لأن المراد به

وقال أبو يوسف : يدفع إلى المرأة ما يجهز به مثلها ، والباقي للزوج مع يمينه لأن الظاهر أن المرأة تأتي بالجهاز وهذا أقوى فيبطل به ظاهر يد الزوج ، ثم في الباقي لا معارض لظاهرة فيعتبر (والطلاق والموت سواء) لقيام الورثة مقام مورثهم (وقال محمد : ما كان للرجال فهو للرجل ، وما كان للنساء فهو للمرأة ، وما يكون لهما فهو للرجل أو لورثته) لما قلنا لأبي حنيفة (والطلاق والموت سواء) لقيام الوارث مقام المورث (وإن كان أحدهما مملوكا فالمتاع للحر في حالة الحياة) لأن يد الحر أقوى (وللحي بعد الممات)

يصلح للنساء فهو للمرأة بالإجماع فلا اختصاص له بذلك ، كذا في العناية (وقال أبو يوسف : يدفع إلى المرأة ما يجهز به مثلها) وهذا الذي ذكره أبو يوسف في المشكل ، وأما فيما يختص به كل واحد من الزوجين فقله كفولهما من غير اعتبار جهاز مثلها ، هكذا ذكر في المبسوط وشروح الجامع الصغير : وفي لفظ الكتاب نوع تخليط حيث لم يذكر قول أبي يوسف هذا فيما ذكر قولهما في حق المشكل ، وكان من حقه أن يقول : وما يصلح لهما كالأية فهو للرجل . وقال أبو يوسف : يدفع للمرأة ما يجهز به مثلها ، كذا في النهاية ومعراج الدراية (والباقي) أي من المشكل (للزوج مع يمينه لأن الظاهر أن المرأة تأتي بالجهاز) تعليل لقوله يدفع إلى المرأة ما يجهز به مثلها (وهذا أقوى) أي هذا الظاهر ، وهو أن المرأة تأتي بالجهاز ظاهر قوى لخرين العادة بذلك (فيبطل به ظاهر يد الزوج) وهويده (ثم في الباقي لا معارض لظاهرة) أي لظاهر الزوج (فيعتبر) وقوله ثم في الباقي إلى هنا تعليل لقوله والباقي للزوج مع يمينه (والطلاق والموت سواء) أي عند أبي يوسف (لقيام الورثة مقام مورثهم . وقال محمد : ما كان للرجال فهو للرجل ، وما كان للنساء فهو للمرأة ، وما يكون لهما فهو للرجل) أي إن كان حيا (أو لورثته) إن كان ميتا (لما قلنا لأبي حنيفة) من الدليل وهو أن المرأة وما في يدها في يد الزوج والقول لصاحب اليد ، وهذا بالنسبة إلى الحياة . وأما بالنسبة إلى الممات فقله (والطلاق والموت سواء لقيام الوارث مقام المورث) وذكر في الفوائد : محمد يقول : ورثة الزوج يقومون مقام الزوج لأنهم خلفاؤه في ماله ، فكما أن في المشكل القول قوله في حياته فكذلك بعد مماته كان القول قول قول ورثته ، وأبو حنيفة يقول : يد الباقي منهما إلى المتاع أسبق ، لأن الوارث إنما يثبت يده بعد موت المورث ، وكما يقع الترجيح فيما نحن فيه بقوة اليد نظرا إلى صلاحية الاستعمال فكذا يقع الترجيح بسبق اليد لأن يد الباقي منهما يد نفسه ويد الوارث خلف عن يد المورث ، فهذا نوع من الترجيح فكان المشكل للباقي منهما ، كذا في النهاية ومعراج الدراية (وإن كان أحدهما) أي أحد الزوجين (مملوكا) أي سواء كان محجورا أو مأذونا له أو مكاتب (فالمتاع للحر في حالة الحياة لأن يد الحر أقوى) لكون اليد يد نفسه من كل وجه ويد المملوك لغيره من وجه وهو المولى والأقوى أولى ، ولهذا قلنا في الحرين ، فما يصلح للرجال فهو للرجل لقوة يده فيه ، وما يصلح للنساء فهو للمرأة لذلك ، كذا في العناية (وللحي بعد الممات) أي والمتاع للحي

له بذلك ، وعلى هذا قوله (وقال أبو يوسف : يدفع إلى المرأة ما يجهز به مثلها) معناه مما يصلح لها (والباقي للزوج مع يمينه لأن الظاهر أن المرأة تأتي بالجهاز وهذا) ظاهر (أقوى) لخرين العادة بذلك فيبطل به ظاهر الزوج ، وأما في الباقي فلا معارض لظاهرة فكان معتبرا (والطلاق والموت سواء لقيام الورثة مقام مورثهم . وقال محمد : ما كان للرجال فهو للرجل ، وما كان للنساء فهو للمرأة ، وما يصلح لهما فهو للرجل إن كان حيا أو لورثته) إن كان ميتا (لما قلنا لأبي حنيفة) من الدليل وهو أن المرأة وما في يدها في يد الزوج والقول لصاحب اليد ، وهذا بالنسبة إلى الحياة ، وأما بالنسبة إلى الممات فقله (والطلاق والموت سواء لقيام الوارث مقام المورث ، وإن كان أحدهما مملوكا فالمتاع للحر في حال الحياة لأن الحر أقوى) لكون اليد يد نفسه من وجه ويد المملوك لغيره من وجه وهو المولى والأقوى أولى ، ولهذا قلنا في الحرين : فما يصلح للرجال فهو للرجل لقوة يده فيه ، وما يصلح للنساء فهو للمرأة لذلك (وللحي) منهما (بعد الممات) حرا كان أو مملوكا ، هكذا وقع في عامة نسخ

راجع إلى الاختصاص قد قوله ولم يرجع بالاختصاص .

لأنه لا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض (وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالوا : العبد المأذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر) لأنهما يدا معتبرة في الخصومات .

(فصل فيمن لا يكون خصما)

(وإن قال المدعى عليه هذا الشيء أو ادعني فلان الغائب أو رهنه عندي أو غصبته منه وأقام بينة على ذلك فلا خصومة بينه وبين المدعى)

بعد الممات حرًا كان الميت أو مملوكا ، هكذا وقع في عامة نسخ شروح الجامع الصغير . وقال الإمام فخر الإسلام وشمس الأئمة والحر بعد الممات . ثم قال شمس الأئمة : وقع في بعض النسخ : للحي منهما وهو سهو ، كذا في الشروح . واختار المصنف مختار العامة واستدل عليه بقوله (لأنه لا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض) فكان المتاع له (وهذا) أي ما ذكر من جواب المسئلة بلا فصل بين العبد المحجور والعبد المأذون والمكاتب (عند أبي حنيفة وقالوا : العبد المأذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر لأنهما يدا معتبرة في الخصومات) ولهذا لو اختصم الحر والمكاتب في شيء هو في أيديهما قضى به بينهما لاستوائهما في اليد ، ولو كان في يد ثالث وأقاما البينة استويا فيه ، فكما لا يرجع الحر بالحرية في سائر الخصومات فكذا في متاع البيت . والجواب أن اليد على متاع البيت باعتبار السكنى فيه ، والحر في السكنى أصل دون المملوك فلا تعارض بينهما . كذا في العناية .

(فصل فيمن لا يكون خصما)

لما ذكر أحكام من يكون خصما شزع في بيان من لا يكون خصما المناسبة المضادة بينهما ، وقدم الأول لكون ذكره العمدية في المقام لأن الكتاب كتاب الدعوى وهي عبارة عن الخصومة . وأما ذكر الثاني فليتضح به الأول ، إذ الأشياء تبين بأضدادها . فإن قيل : الفصل مشتمل على ذكر من يكون خصما أيضا . قلنا : نعم ، لكن من حيث الفرق لا من حيث القصد الأصلي (وإن قال المدعى عليه هذا الشيء أو ادعني فلان الغالب أو رهنه عندي أو غصبته منه وأقام بينة على ذلك فلا خصومة بينه وبين المدعى) هذا لفظ القدوري : يعني إذا ادعى رجل عينا في يد رجل أنه ملكه فقال المدعى عليه الذي هو ذو اليد هذا الشيء

شروح الجامع الصغير . وقال الإمام فخر الإسلام وشمس الأئمة : والحر بعد الممات . ثم قال شمس الأئمة : وقع في بعض النسخ للحي منهما وهو سهو ، والمصنف اختار اختيار العامة ، واستدل بقوله (لأنه لا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض ، وهذا عند أبي حنيفة ، وقالوا : العبد المأذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر لأنهما يدا معتبرة في الخصومات) ولهذا لو اختصم الحر والمكاتب في شيء في أيديهما قضى به بينهما لاستوائهما في اليد ، ولو كان في يد ثالث وأقاما البينة استويا فيه ، فكما لا يرجع الحر بالحرية في سائر الخصومات فكذلك في متاع البيت . والجواب أن اليد على متاع البيت باعتبار السكنى فيه والحر في السكنى أصل دون المملوك فلا تعارض بينهما .

(فصل فيمن لا يكون خصما)

آخر ذكر من لا يكون خصما عن يكون خصما لأن معرفة الملكات قبل معرفة الإعدام . فإن قيل : الفصل مشتمل على ذكر من يكون خصما أيضا . قلت : نعم من حيث الفرق لا من حيث القصد الأصلي . قال (وإن قال المدعى عليه هذا الشيء أو ادعني الخ) إذا ادعى عينا في يد رجل أنها ملكه فقال المدعى عليه هذا الشيء أو ادعني فلان الغائب أو رهنه عندي أو غصبته منه

(قوله فلا تعارض بينهما) أقول : ينبغي أن يخص بالمشكل وألا ينتقض بما لا يصلح للمرأة .

(فصل فيمن لا يكون خصما)

(قوله لا من حيث القصد الأصل) أقول : كما يشهد العنوان .

وكذا إذا قال آجرنيه وأقام البينة لأنه أثبت ببينته أن يده ليست بيد خصومة . وقال ابن شبرمة : لاتندفع خصومة لأنه تعذر إثبات الملك للغائب لعدم الخصم عنه ودفع الخصومة بناء عليه . قلنا : مقتضى البينة شيان ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلم يثبت ، ودفع خصومة المدعى وهو خصم فيه فيثبت وهو كالوكيل بنقل المرأة وإقامتها البينة على الطلاق

أودعني فلان الغائب أو رهنه عندي أو غصبته منه وأقام على ذلك بينة فلا خصومة بينه وبين المدعى . قال المصنف (وكذا إذا قال آجرنيه وأقام البينة) أى إذا قال المدعى عليه آجرنيه فلان الغائب وأقام على ذلك بينة فلا خصومة بينه وبين المدعى أيضا . وقال في النهاية : وكذا إذا قال المدعى عليه إنه عارية عندي أو ما أشبه ذلك ، وكذا في الذخيرة انتهى (لأنه أثبت ببينته أن يده ليست بيد خصومة) تعليل لمجموع المسائل المذكورة : يعنى أن المدعى عليه أثبت ببينته أن يده ليست بيد خصومة ، وكل من كان كذلك فهو ليس بخصم . قال الإمام الزيلعى في التبيين بعد ذكر هذا الدليل : فصاز كما إذا أقر المدعى بذلك أو أثبت ذو اليد إقراره به ، ثم قال : والشرط لإثبات هذه الأشياء دون الملك ، حتى لو شهدوا بالملك للغائب دون هذه الأشياء لم تندفع الخصومة وبالعكس تندفع انتهى (وقال ابن شبرمة : لاتندفع) أى الخصومة وإن أقام البينة على ما قال (لأنه تعذر إثبات الملك للغائب لعدم الخصم عنه) أى عن الغائب لأن الغائب لم يوكله بإثبات الملك له : يعنى أن ذا اليد أثبت ببينته الملك للغائب وإثبات الملك للغائب بدون خصم عنه متعذر ، إذ لا ولاية لأحد في إدخال الشيء في ملك غيره بلا رضاه (ودفع الخصومة بناء عليه) أى على إثبات الملك والبناء على المتعذر متعذر (قلنا) أى في الجواب عما قاله ابن شبرمة (مقتضى البينة شيان) أحدهما (ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلم يثبت ، و) ثانيهما (دفع خصومة المدعى وهو) أن المدعى عليه (خصم فيه فيثبت) أى فيثبت دفع الخصومة في حقه ، وبناء الثاني على الأول ممنوع لانفكاكه عنه ، وقد أشار إليه بقوله (وهو كالوكيل بنقل المرأة) أى إلى زوجها (وإقامتها) عطف على الوكيل أى وإقامة المرأة (البينة على الطلاق) يعنى أن مانحن فيه نظير ما إذا وكل وكيلًا بنقل امرأته إليه

أو آجرنيه أو أعارنيه وأقام على ذلك بينة فلا خصومة بينه وبين المدعى . وقال ابن شبرمة : لاتندفع وإن أقامها . وقال ابن أبي ليلى : تندفع بمجرد الإقرار . وقال أبو يوسف : إن كان الرجل صالحا فالجواب كما قلنا من دفع الخصومة وإن كان محتالا فكما قال ابن شبرمة : ثم إذا شهد الشهود فلما أن يقولوا أودعه فلان يعرفونه باسمه ونسبه ، أو رجل مجهول لانعرفه ، أو رجل نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه ، ففي الفصل الأول تقبل شهادتهم ، وفي الثاني لاتقبل بالاتفاق ، والثالث كالثاني عند محمد وكالأول عند أبي حنيفة ، وهذه خمسة أقوال فلهذا لقتب المسئلة بمخمسة كتاب الدعوى ، وقيل لقتب بذلك للوجوه الخمسة المذكورة آنفا . وجه ظاهر الرواية وهو المذكور أولا أن المدعى عليه أثبت ببينة أن يده ليست يد خصومة ، وكل من كان كذلك فهو ليس بخصم . وجه قول ابن شبرمة أنه أثبت ببينة الملك للغائب ، وإثبات الملك للغائب بدون خصم متعذر إذ ليس لأحد ولاية إدخال شيء في ملك غيره بغير رضاه ، ودفع الخصومة بناء على إثبات الملك والبناء على المتعذر متعذر . والجواب أن مقتضى هذه البينة شيان : ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلا يثبت ، ودفع الخصومة عن نفسه وهو خصم فيه ، وبناء الثاني على الأول ممنوع لانفكاكه عنه كالوكيل بنقل المرأة إلى زوجها إذا أقامت البينة على الطلاق فلنقل لقبه لقضيه

(قوله وقال ابن شبرمة ، إلى قوله : وقال ابن أبي ليلى) أقول : في القاموس الشبرمة بالضم : السورة وما انثر من الحبلى والفرزل انتهى . قال العلامة الإيتافى : ابن أبي ليلى وابن شبرمة من فقهاء التابعين بالكوفة ، ولد عبد الله بن شبرمة سنة اثنتين وسبعين من الهجرة ومات سنة أربع وأربعين ومائة ، ومحمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى قاضى الكوفة ولد سنة أربع وسبعين ومات سنة ثمان وأربعين ومائة ، وكذا في كتاب طبقات الفقهاء انتهى (قوله وقيل لقتب بذلك للوجوه الخمسة) الخ) أقول : يعنى الإيداع والرمز والنصب والإجارة والإعارة (قوله وجه ظاهر الرواية الخ) أقول : فيه أنه لم يثبت ما ذكره رواية غير ظاهرة عن أصحابنا . ثم ما ذكر عن أبي يوسف خلاف ظاهر الرواية عنه ، فيه عليه في النهاية وغيره ، فكان الأليق بهذا الشارح أن يبينه أيضا (قوله وبناء الثاني على الأول ممنوع الخ) أقول : فيما إذا كان المدعى وقفا على أحد الفريقين أو مشريا بالخيار ولا خيار للبائع فأقام ذو اليد البينة على أن المتول أو المشتري أودعه (قوله كالوكيل بنقل المرأة الخ) أقول : في صلاح السند للسندية كلام لا يخفى لعدم ممانعته .

كما يبناه من قبل ، ولا تندفع بدون إقامة البينة كما قاله ابن أبي ليلى لأنه صار خصما بظاهر يده ، فهو بإقراره يريد أن يحول حقا مستحقا على نفسه فلا يصدق إلا بالحجة ، كما إذا ادعى تحول الدين من ذمته إلى ذمة غيره . وقال أبو يوسف رحمه الله : إن كان الرجل صالحا فالحجوب كما قلناه ، وإن كان معروفا بالحيل لا تندفع عنه الخصومة لأن المحتال من الناس قد يدفع ماله إلى مسافر يودعه إياه ويشهد عليه الشهود فيحتال لإبطال حق غيره ، فإذا اتهم القاضى به لا يقبله .

فأقامت المرأة بينة أن الزوج طلقها فإن بينتها تقبل لقصر يد الوكيل عنها ، ولا تقبل في وقوع الطلاق ما لم يحضر الغائب (كما يبناه من قبل) أى في باب الوكالة بالخصومة والقبض ، فكذا فيما نحن فيه تقبل البينة لدفع خصومة المدعى عن المدعى عليه ، ولا تقبل في إثبات الملك للغائب ، وهذا لأن مقصود المدعى عليه بإقامة البينة ليس إثبات الملك للغائب ، إنما مقصوده بها إثبات أن يده يد حفظ لا يد خصومة ، وفى هذا المدعى خصم له فيجعل إثباته عليه بمنزلة إقرار خصمه بذلك (ولا تندفع) أى الخصومة (بدون إقامة البينة كما قال ابن أبي ليلى) فإنه قال باندفاعها بمجرد إقرار المدعى عليه للغائب بدون إقامة البينة . وجه قوله إن ذا اليد أقر بالملك لغيره والإقرار يوجب الحق بنفسه لخلوه عن التهمة ، فتبين أن يده يد حفظ فلا حاجة إلى البينة . ووجه الجواب عنه ما ذكره المصنف بقوله (لأنه) أى ذا اليد (صار خصما بظاهر يده) ولهذا كان للقاضى إحضاره وتكليفه بالجواب (فهو بإقراره يريد أن يحول حقا مستحقا على نفسه) فهو منهم في إقراره (فلا يصدق إلا بحجة كما إذا ادعى تحول الدين من ذمته إلى ذمة غيره) بالحالة فإنه لا يصدق هناك فكذا هنا . لا يقال : يلزم إثبات إقرار نفسه ببينته وهو غير معهود في الشرع لأننا نقول البينة لإثبات اليد الحافظة التى أنكرها المدعى لإثبات الإقرار ، كذا في العناية . واستشكل بعض الفضلاء قوله في السؤال وهو غير معهود في الشرع حيث قال : قد سبق في أول كتاب الدعوى أن اليد لا تثبت في العقار إلا بالبينة ، ولا يعتبر إقرار المدعى عليه باليد انتهى . أقول : هذا ليس بشيء ، إذ ليس مراد صاحب العناية أن عدم اعتبار إقرار المدعى عليه لم يعهد في الشرع . كيف ولا يحق على مثله أن عدم اعتبار ذلك كثير في المسائل الشرعية لعل شئ ، كعدم اعتبار إقرار المريض للوارث ، وعدم اعتبار إقراره بعين في يده لآخر في حق غرماء الصحة ، وكعدم اعتبار إقرار الرجل بنسب من غير الوالدین كالإخ والعلم ، وكعدم اعتبار إقرار المرأة بالولي أيضا إلى غير ذلك ، وإنما مراده أن إثبات إقرار نفسه بالبينة لم يعهد في الشرع وليس فيما ذكر من صورة دعوى العقار إثبات المقر إقرار نفسه بالبينة لأن إثبات اليد بالبينة في دعوى العقار إنما يجب على المدعى لا على المدعى عليه الذى هو المقر (وقال أبو يوسف آخره إن كان الرجل صالحا فالحجوب) أى جواب المسئلة (كما قلناه) أى تندفع عنه الخصومة بإقامة البينة (وإن كان معروفا بالحيل لا تندفع عنه الخصومة) وإن أقام البينة كما قال ابن شبرمة (لأن المحتال من الناس قد يدفع ماله) سرا (إلى مسافر يودعه إياه ويشهد عليه الشهود) علانية (فيحتال لإبطال حق غيره) أى يكون مقصوده من ذلك الإضرار بالمدعى ليتعذر عليه إثبات حقه بالبينة (فإذا اتهم القاضى به) أى بالاحتياط (لا يقبله) أى

الوكيل عنها ولم يحكم بوقوع الطلاق ما لم يحضر الغائب كما مر . ولئن سلمنا البناء لكن مقصود المدعى عليه بإقامة البينة ليس إثبات الملك للغائب إنما مقصوده إثبات أن يده يد حفظ لا يد خصومة فيكون ذلك ضمنا ولا معتبر به . وجه قول ابن أبي ليلى إن ذا اليد أقر بالملك لغيره والإقرار يوجب الحق لنفسه فتبين أن يده يد حفظ فلا حاجة إلى البينة . والجواب أنه صار خصما بظاهر يده وإقراره ، يريد أن يحول حقا مستحقا على نفسه فهو منهم في إقراره فلا يصدق إلا بحجة ، كما إذا ادعى تحول الدين

للمقدمة المنوعة . وجوابه أنه تنظير لا تمثيل للانفكاك الظاهر فليتأمل (قوله ولئن سلمنا البناء الخ) أقول : فيه بحث (قوله لكن مقصود المدعى عليه ، إلى قوله : ولا معتبر به) أقول : فقوله إثبات الملك للغائب بدون خصم متعذر الخ . إن أريد إثبات الملك له قضاء قبله ولا يضربنا ، وإن أريد إثباته ضمنا فلا نسلمه . ثم المراد من الضمى خلاف القصدى ، والمراد بذلك في قوله فيكون ذلك ضمنا الخ إثبات الملك للغائب

(ولو قال الشهود أودعه رجل لا نعرفه لا تندفع عنه الخصومة) لاحتمال أن يكون المودع هو هذا المدعى، ولأنه ما أحاله إلى معين يمكن للمدعى اتباعه، فلو اندفعت لتضرر به المدعى،

أى لا يقبل ما صنعه. قال شيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوطه: ما ذهب إليه أبو يوسف استحسان ذهب إليه بعد ما ابتلى بالقضاء لأنه مارس القضاء فوقف على أحوال الناس ما لم يعرفه غيره، وما قاله قياس لأن البيئات حجج متى قامت يجب العمل بها ولا يجوز إبطالها بمجرد الوهم، كذا في غاية البيان. واعلم أن هذا الاختلاف إنما يكون إذا كانت العين قائمة في يد المدعى عليه وإليه أشار بقوله هذا الشيء أودعني، فإن الإشارة الحسية لا تكون إلا إلى موجود في الخارج، وأما إذا هلك فلا تندفع الخصومة وإن أقام البينة لأنه إذا كانت قائمة فذو اليد ينتصب خصماً بظاهر اليد لأنه دليل الملك، إلا أنه يحتل غيره فيندفع عنه الخصومة بالحجة الدالة على المحتمل، وأما إذا هلك فالدعوى تقع في الدين وعمله الذمة فالمدعى عليه ينتصب خصماً للمدعى بذمته وبما أقام المدعى عليه من البينة، على أن العين كانت في يده ودية لا يتبين أن ذمته كانت لغيره فلا تتحول عنه الخصومة، كذا في العناية. وكثير من الشروح. ثم إن الذى ذكر في الكتاب إذا قال الشهود أودعه رجل نعرفه باسمه ونسبه ووجهه (ولو قال الشهود أودعه رجل لا نعرفه) أى أصلاً باسمه ولا بنسبه ولا بوجهه (لا تندفع عنه الخصومة) أى بالإجماع، كذا في الكافي والشروح، والظاهر أن مرادهم بالإجماع هاهنا إجماع أثبتنا الثلاثة أو إجماع ما عدا ابن أبي ليلى، فإن شهادة الشهود ليست بشرط عنده في اندفاع الخصومة كما مر. قال المصنف في تحليل المسئلة (لاحتمال أن يكون المودع هو هذا المدعى) حيث لم يعرفه (ولأنه) أى ذا اليد (ما أحاله) أى ما أحال المدعى (إلى معين يمكن للمدعى اتباعه، فلو اندفعت) أى الخصومة (لتضرر به المدعى) أقول: في تحليله الثانى قصور: أما من حيث اللفظ فلأنه أضمر فيه المدعى أولاً حيث قال ما أحاله وأظهره ثانياً حيث قال يمكن للمدعى اتباعه. ولا يتحقق على من له معرفة بأساليب الكلام سحابة ذلك، وكون الوجه إما العكس وإما الإضمار في المقامين. وأما من حيث المعنى فلأنه جعله دليلاً مستقلاً على المسئلة الإجماعية. مع أنه منقوض على قول أبي حنيفة وأبي يوسف بالمسئلة الآتية وهى ما لو قال الشهود نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه، فإن الحكم المذكور يتخلف عنه هناك عندهما كما سيظهر. وكأن الإمام الزيلعى تنبه لهذا فجعل الدليلين دليلاً واحداً حيث قال في تحليل هذه المسئلة في التبيين: لأنهم ما أحالوا المدعى على رجل معروف يمكن مخاصمته، ولعل المدعى هو ذلك الرجل، فلو اندفعت لبطل حقه انتهى. ثم إن الظاهر كأن يقول المصنف أيضاً لأنهم ما أحالوه بدل قوله لأنه ما أحاله لأن المسئلة في أن لا يعرفه الشهود لا في أن لا يعرفه ذو اليد كما

من ذمته إلى ذمة غيره بالحالة فإنه لا يصدق إلا بحجة لا يقال: يلزم إثبات إقرار نفسه ببينة. وهو غير معهود في الشرع لأنها لإثبات اليد الحافظة التى أنكرها المدعى لا لإثبات الإقرار. ووجه قول أبي يوسف أن المحتمل من الناس قد يدفع ما أخذ من الناس سراً إلى مسافر يودعه إياه ويشهد عليه الشهود علانية فيحتال لإبطال حق غيره، فإذا اتهمه القاضى به لا يقبلها. وأما وجه الفصل الأول فلأنه شهادة قامت بمعلوم لمعلوم على معلوم فوجب قبولها. وأما الفصل الثانى فله وجهان: أحدهما احتمال أن يكون المودع هو هذا المدعى حيث لم يعرفه. والثانى أنه ما أحاله إلى معين يمكن للمدعى اتباعه، فلو اندفعت الخصومة تضرر المدعى، وأما الفصل الثالث فوجه قول محمد فيه هو هذا الوجه الثانى، وهو قوله ما أحاله إلى معين إلى آخره، فصار بمنزلة ما لو قال أودعه رجل لا نعرفه، وهذا لأن المعرفة بالوجه ليست بمعرفة على ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم «أنه قال لرجل: أتعرف فلاناً؟ قال نعم، فقال: هل تعرف اسمه ونسبه؟ فقال لا، فقال: إذا لا نعرفه» ووجه قول أبي حنيفة أن المدعى عليه أثبت ببينة أن العين وصلت إليه من جهة غيره حيث عرفه الشهود بوجهه للعلم بيقين حينئذ أن المودع غير المدعى عليه، فإذا الشهادة تفيد أن يده ليست بيد خصومة وهو المقصود، والحديث يدل على نفي المعرفة التامة وليس على ذى اليد تعريف خصم

فحصل المعنى فيكون إثبات الملك للغائب ضمناً ولا معطراً به (قوله وهو غير معهود في الشرع) أقول: قد سبق في أول كتاب الدعوى أن اليد لا تثبت في العقار إلا بالبيعة، ولا يعتبر لإقرار المدعى عليه باليد.

ولو قالوا نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه فكذلك الجواب عند محمد للوجه الثاني . وعند أبي حنيفة تندفع لأنه أثبت بينته أن العين وصل إليه من جهة غيره حيث عرفه الشهود بوجهه ، بخلاف الفصل الأول فلم تكن يده يد خصومة وهو المقصود ، والمدعى هو الذى أضر بنفسه حيث نسي خصمه أو أضره شهوده . وهذه المسئلة خمسة كتاب الدعوى وقد ذكرنا الأقوال الخمسة (وإن قال ابتعته من الغائب فهو خصم)

لا يخفى . وتوجيه ما قاله المصنف أن شهادة الشهود لما كانت لأجل ذى اليد نسب حاملهم إليه ، ويحتمل أن يكون الضمير البارز فى قوله لأنه والضمير فى قوله ما أحاله راجعين إلى الشهود بتأويل من شهد (ولو قالوا) أى الشهود (نعرفه) أى الرجل الذى أودعه (بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه ، فكذا الجواب) أى جواب المسئلة (عند محمد للوجه الثاني) وهو قوله ولأنه ما أحاله على معين الخ قصار بمنزلة ما لو قالوا أودعه رجل لا نعرفه ، وهذا لأن المعرفة بالوجه ليست بمعرفة على ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « أنه قال لرجل : تعرف فلانا ؟ قال نعم ، فقال : هل تعرف اسمه ونسبه ؟ فقال : لا ، فقال إذا لا نعرفه » ومن حلف لا يعرف فلانا وهو يعرف وجهه ولا يعرف اسمه ونسبه لا يحنث ، كذا فى الكافي والشروح (وعند أبي حنيفة تندفع لأنه) أى المدعى عليه (أثبت بينته أن العين وصل إليه من جهة غيره) أى غير المدعى (حيث عرفه الشهود بوجهه) فحصل العلم بيقين أن المودع غير هذا المدعى (بخلاف الفصل الأول) وهو ما إذا قال الشهود أودعه رجل لا نعرفه أصلا (فلم تكن يده) أى لم تكن يد المدعى عليه فى الفصل الثانى (يد خصمة) لعدم كونها يد ملك بل يد حفظ (وهو المقصود) أى لا تكون يده يد خصومة بل يد حفظ هو مقصوده وقد أفادته الشهادة ، والحديث المار يدل على نفي المعرفة التامة ، وليس على ذى اليد تعريف خصم المدعى تعريفا تاما ، إنما عليه أن يثبت أنه ليس بخصم وقد أثبت (والمدعى هو الذى أضر بنفسه حيث نسي خصمه أو أضره شهوده) أى شهود المدعى عليه وهو ذو اليد ، وهذا جواب عن قول محمد فلو اندفعت الخصومة لتضرر به المدعى ، ووجهه أن الضرر اللاحق بالمدعى إنما لحقه من جهة نفسه حيث نسي خصمه ، أو من جهة شهود المدعى عليه لا من جهة ذى اليد (وهذه المسئلة خمسة كتاب الدعوى) أى هذه المسئلة من بين مسائل الدعوى تسمى خمسة كتاب الدعوى ، إما لأن فيها خمسة أقوال كما أشار إليه بقوله (وذكرنا الأقوال الخمسة) وهى قول ابن شبرمة ، وقول ابن أبي ليلى ، وقول أبي يوسف ، وقول محمد ، وقول أبي حنيفة رحمهم الله ، وإما لأن فيها خمس صور وهى : الإيداع ، والإعارة ، والإجارة ، والرهن ، والغصب كما ذكره أيضا (وإن قال ابتعته من الغائب فهو خصم) هذا لفظ القندورى : يعنى إن قال المدعى عليه

المدعى تعريفا تاما إنما عليه أن يثبت أنه ليس بخصم وقد أثبت (قوله والمدعى هو الذى أضر بنفسه) جواب عن قول محمد : لو اندفعت الخصومة لتضرر المدعى . ووجهه أن الضرر اللاحق بالمدعى إنما لحقه من نفسه (حيث نسي خصمه) أو من جهة شهود المدعى عليه وذلك لا يلزمه ، وهذا الاختلاف إنما يكون إذا كانت العين قائمة فى يد المدعى عليه ، وإليه أشار بقوله هذا الشيء أودعته ، فإن الإشارة الحسية لا تكون إلا إلى موجود فى الخارج ، وأما إذا هلك فلا تندفع الخصومة وإن أقاما البينة لأنها إذا كانت قائمة فذو اليد ينتصب خصما بظاهر اليد لأنه دليل الملك إلا أنه يحتمل غيره فتندفع عنه الخصومة بالحجة الدالة على المحتمل ، وأما إذا هلكت فالدعوى تقع فى الدين ومحل الدية ، فالمدعى عليه ينتصب خصما للمدعى بدمته وبما أقام المدعى عليه من البينة على أن العين كانت فى يده ودية لا يتيين أن ذمته كانت لغيره فلا تتحول عنه الخصومة . قال (وإن قال ابتعته من الغائب فهو خصم الخ) وإذا قال المدعى عليه اشتريته من فلان الغائب فهو خصم لأنه لما زعم أن يده يد ملك اعترف بكونه خصما ، وإن قال المدعى غصبت هذا العين منى أو سرقتها منى وأقام ذو اليد البينة على الودية لا تندفع الخصومة لأنه صار خصما بدعوى الفعل عليه ولهذا صححت الدعوى على غير ذى اليد ، وفعله لا يتردد بين أن يكون له ولغيره حتى يقال : إنه أثبت بالبينة

(قال المصنف : أو أضره شهوده) أقول : أى شهود المدعى ، فالإضافة للملازمة أو شهود المدعى عليه ولا يخلو عن البعد (قوله لأنه دليل الملك إلا أنه يحتمل غيره) أقول : الضمير فى قوله غيره راجع إلى الملك (قوله ولهذا صححت الدعوى) أقول : أى دعوى الفعل

لأنه لما زعم أن يده يد ملك اعترف بكونه خصما (وإن قال المدعى غصبته منى أو سرقته منى لا تندفع الخصومة ، وإن أقام ذو اليد البينة على الوديعة) لأنه إنما صار خصما بدعوى الفعل عليه لا بيده ، بخلاف دعوى الملك المطلق لأنه خصم فيه باعتبار يده حتى لا يصبح دعواه على غير ذى اليد ويصبح دعوى الفعل (وإن قال المدعى سرق منى وقال صاحب اليد أو دعني فلان وأقام البينة لم تندفع الخصومة) وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وهو استحسان . وقال محمد : تندفع لأنه لم يدع الفعل عليه فصار كما إذا قال غصب منى على مالم يسم فاعله . ولهما أن ذكر الفعل يستدعى الفاعل لا محالة . والظاهر أنه هو الذى فى يده إلا أنه لم يعينه درءا للحد شفقة عليه وإقامة لحسبة السر

اشترت هذا الشيء من الغائب فهو خصم للمدعى (لأنه) أى المدعى عليه (لما زعم أن يده يد ملك اعترف بكونه خصما) كما لو ادعى ملكا مطلقا (وإن قال المدعى غصبته منى) أى غصبت هذا الشيء منى (أو سرقته منى لا تندفع الخصومة وإن أقام ذو اليد البينة على الوديعة ، لأنه) أى لأن ذا اليد (إنما صار خصما بدعوى الفعل عليه) أى بدعوى المدعى الفعل وهو الغصب أو السرقة على ذى اليد (لا بيده) أى لم يصر ذو اليد فى دعوى الفعل خصما بيده . ثم إن فعل ذى اليد لا يتردد بين أن يكون له ولغيره حتى يقال : إنه أثبت بالبينة أن فعله فعل غيره بل فعله مقصور عليه (بخلاف دعوى الملك المطلق لأنه) أى ذا اليد (خصم فيه) أى فى دعوى الملك المطلق بتأويل الادعاء (باعتبار يده حتى لا تصبح دعواه) أى دعوى الملك المطلق (على غير ذى اليد) ويده مترددة بين أن يكون له فيكون خصما وبين أن يكون لغيره فلا يكون خصما . وإقامة البينة أثبت أن يده لغيره فلا يكون خصما (ويصبح دعوى الفعل) أى يصبح دعوى الفعل على غير ذى اليد كما يصبح دعواه على ذى اليد (وإن قال المدعى سرق منى) أى إن قال المدعى سرق منى هذا الشيء على صيغة المجهول (وقال صاحب اليد أو دعني فلان وأقام البينة) أى على أن فلانا أودعه إياه (لم تندفع الخصومة) هذا أيضا لفظ القدرورى . قال المصنف (وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وهو استحسان . وقال محمد : تندفع) أى الخصومة وهو القياس (لأنه) أى المدعى (لم يدع الفعل عليه) أى على ذى اليد (فصار كما إذا قال) أى المدعى (غصب منى على مالم يسم فاعله) يعنى أن التجهيل أفسد دعوى السرقة فتبطل دعوى الملك فتندفع الخصومة بإثبات الوديعة ، كما لو جهل الغصب وقال غصب منى على مالم يسم فاعله وأقام ذو اليد البينة على الوديعة من آخر فإنه تندفع الخصومة هناك فكذا هنا ، كذا فى غاية البيان (ولهما) أى لأبي حنيفة وأبي يوسف (أن ذكر الفعل) وهو السرقة (يستدعى الفاعل لا محالة) لأن الفعل بدون الفاعل لا يتصور (والظاهر أنه) أى الفاعل (هو الذى فى يده إلا أنه) أى المدعى (لم يعينه) أى لم يعين الفاعل (درءا للحد شفقة عليه) أى على ذى اليد (وإقامة لحسبة السر) أى لأجل السر . قال صاحب العناية : فإن قيل : إذا لم تندفع الخصومة فما يقضى بالعين عليه وفى ذلك جعله سارقا فما وجه الدرء حينئذ ؟ أجيب بأن وجهه أنه إذا جعل خصما وقضى عليه بتسليم العين إلى المدعى ، إن ظهر سرقته بعد ذلك بيقين لم تقطع يده لظهور سرقته بعد وصول المسروق إلى المالك ، ولو لم يجعل سارقا اندفع الخصومة عنه ولم يقض بالعين للمدعى ، فتبطل سرقته بعد ذلك بيقين قطعت يده لظهورها قبل أن يصل العين إلى المالك ، فكان فى جعله سارقا احتيالا للدرء انتهى . أقول : فى كل واحد من السؤال والجواب نظر . أما فى السؤال فلأنه إن أراد بقوله وفى ذلك جعله سارقا أن فى ذلك الحكم عليه بموجب السرقة وهو القطع فهو ممنوع ، وإنما هو عند تعيين كونه السارق ، وإن أراد به أن فى ذلك مجرد جعله خصما فى دعوى كون ذلك الشيء مسروقا من المدعى فهو مسلم ، لكن لا وجه حينئذ لقوله فما وجه الدرء حينئذ إذ وجهه حينئذ ظاهر وهو سقوط القطع بعدم

أن فعله فعل غيره بل فعله مقصور عليه ، بخلاف دعوى الملك المطلق فإن ذا اليد فيه خصم من حيث ظاهر اليد ولهذا لا تصبح الدعوى على غير ذى اليد ، ويده مترددة بين أن يكون له فيكون خصما وبين أن يكون لغيره فلا يكون خصما ، وإقامة البينة أثبت أن يده لغيره فلا يكون خصما . وإن قال المدعى سرق منى وأقام ذو اليد البينة على أن فلانا أودعه لم تندفع الخصومة عند أبي حنيفة وأبي يوسف وهو استحسان . وقال محمد : تندفع لأنه لم يدع الفعل عليه فصار كما لو قال غصب منى على مالم يسم

فصار كما إذا قال سرق : بخلاف الغصب لأنه لا حد فيه فلا يجتزى عن كشفه (وإن قال المدعى ابتعته من فلان وقال صاحب اليد أو دعني فلان ذلك أسقطت الخصومة بغير بينة) لأنهما توافقا على أن أصل الملك فيه لغيره فيكون وصولها إلى يد ذى اليد من جهته فلم تكن يده يد خصومة إلا أن يقيم البينة أن فلانا وكله بقبضه لأنه أثبت بينته كونه أحق بإمساكها : والله أعلم .

التعيين لشبهة كون السارق غيره ؟ وأما في الجواب فلأن مقتضاه أن جعل ذى اليد خصما والقضاء عليه بتسليم العين إلى المدعى في مسئلتنا هذه إنما كان لأجل الاحتيال لدرء الحد ، وأن الاحتيال لدرئه إنما نشأ من قبل الشرع لامن قبل المدعى ، وهذا مع كونه مخالفا لمقتضى الدليل المذكور في الكتاب كما ترى غير تام في نفسه : لأن ظهور سرقة ذى اليد بعد ذلك يبين أمر موهوم وخروج العين المدعاة من يده على تقدير القضاء عليه بها أمر محقق فكيف يرتكب الضرر المحقق لدفع الضرر الموهوم سيما إذا اعترف بأنها ملك انغير أو دعها عنده ، فإن إتلاف مال أحد لدفع ضرر موهوم عن آخر غير معهود في الشرع (فصار) أى فصار ما إذا قال سرق بصيغة المجهول (كما إذا قال سرق) بالتعيين والخطاب (بخلاف الغصب) أى بخلاف ما إذا قال غصب منى بصيغة المجهول حيث تندفع الخصومة بإثبات الودعة بالاتفاق (لأنه لا حد فيه) أى في الغصب (فلا يجتزى عن كشفه) فلم يكن المدعى معذورا في التجهيل (ولو قال المدعى ابتعته من فلان وقال صاحب اليد أو دعني فلان ذلك) أى فلان الذى قال المدعى ابتعته منه (أسقط الخصومة) أى أسقط صاحب اليد الخصومة عن نفسه (بغير بينة) هذا لفظ القدورى . قال المصنف (لأنهما توافقا على أن أصل الملك فيه) أى في الشيء المدعى (لغيره) أى لغير صاحب اليد (فيكون وصولها) أى وصول العين المدعاة : وكان المطابق للضمائر السابقة أن يقول المصنف فيكون وصوله كما قاله صاحب العناية ، ولكنه يشبه أنه قصد التفنن في العبارة (إلى يد ذى اليد من جهته) أى من جهة الغير (فلم تكن يده يد خصومة إلا أن يقيم) أى المدعى (البينة أن فلانا) أى فلانا المذكور (وكله بقبضه) أى بقبض الشيء المدعى (لأنه) أى المدعى (أثبت بينته كونه أحق بإمساكها) أى بإمساك العين المدعاة كأنه قصد التفنن ها هنا أيضا حيث قال أولا بقبضه بالتذكير ، وثانيا بإمساكها بالتأنيث .

فاعله . ولهما أن ذكر الفعل يستدعى الفاعل البتة ، والظاهر أنه هو الذى في يده إلا أنه لم يعينه درءا للحد عنه شفقة عليه . فإن قيل : إذا لم تندفع الخصومة فربما يقضى بالعين عليه وفي ذلك جعله سارقا فوجه الدرء حينئذ ؟ أجيب بأن وجهه أنه إذا جعل خصما وقضى عليه بتسليم العين إلى المدعى إن ظهر سرقة بعد ذلك يبين لم تقطع يده لظهور سرقة بعد وصول المسروق إلى المالك ، ولو لم يجعله سارقا اندفع الخصومة عنه ولم يقض بالعين للمدعى ، فتي ظهرت سرقة بعد ذلك يبين قطعت يده لظهورها قبل أن تصل العين إلى المالك ، فكأن في جعله سارقا احتيالا للدرء ، بخلاف ما إذا قال غصبت لأنه لا حد فيه فلا يجتزى عن كشفه ، وإن قال المدعى ابتعته من فلان وصاحب اليد قال أو دعني فلان ذلك أسقط الخصومة من غير بينة لتوافقهما على أن أصل الملك فيه لغيره فيكون وصوله إلى يد ذى اليد من جهته فلم تكن يده يد خصومة إلا أن يقيم المدعى البينة أن فلانا وكله بقبضه لأنه أثبت بينته أنه أحق بإمساكه .

(قوله أجيب بأن وجهه أنه إذا جعل خصما الخ) أقول : بأن جعل سارقا ، ثم أقول : فيه بحث ، فإنه إن أراد أن في ذلك جعله سارقا في حق توجه الخصومة فسلم ولا يلزم منه القطع ، وإن أراد أن فيه جعله سارقا في حق القطع فليس كذلك ، وإنما يلزم ذلك أن لو قال المدعى سرقة ولما قال سرق على بناء المجهول وشهد شهوده كذلك لم يظهر كون ذى اليد سارقا لاحتمال كون السارق غيره وإبتياح ذى اليد منه والحدود تندرى بالشبهات فيحتمل لاحاجة إلى مذكوره في معرض الجواب مع أن فيه مالا يخفى (قوله إن ظهرت سرقة) أقول : أى سرقة العين بإقرار ذى اليد أو غيره (قال المصنف : إلا أن يقيم البينة أن فلانا وكله) أقول : فإن قيل : يلزم حينئذ الحكم على الغائب بأنه وكله . قلنا : لا محذور فيه ، فإن ما يدعى على الغائب وهو التوكيل سبب لما يدعى على الحاضر وهو التسليم ، وقد مر قبيل باب التحكيم أنه يجوز فراجع .

(باب ما يدعيه الرجلان)

قال (وإذا ادعى اثنان عينا في يد آخر كل واحد منهما يزعم أنها له وأقاما البينة قضى بها بينهما) وقال الشافعي في قول : تهاوترا ، وفي قول يقرع بينهما ، لأن إحدى البينتين كاذبة يقيّن لاستحالة اجتماع الملكين في الكل في حالة واحدة وقد تعدر التمييز فيهما تارة أو يصار إلى القرعة « لأن النبي عليه الصلاة والسلام أقرع فيه وقال : اللهم أنت الحكم بينهما » ولنا حديث تميم بن طرفة

(باب ما يدعيه الرجلان)

لما ذكر حكم دعوى الواحد شرع في ذكر حكم دعوى الاثنين بعد الواحد (قال) أي القدوري في مختصره (وإذا ادعى اثنان عينا في يد آخر كل واحد منهما يزعم أنها) أي العين (له وأقاما البينة) أي على ما ادعاه (قضى بها بينهما) أي نصفين . وإنما وضع المسئلة في دعوى ملك العين لأنهما لو تنازعا في نكاح امرأة وأقام كل واحد منهما بينة على أنها امرأته لم يقض لواحد منهما بالاتفاق وفي دعوى الخارجين ، لأن الدعوى لو كانت بين الخارج وصاحب اليد وأقاما بينة فبينة الخارج أولى عندنا . وفي أحد قول الشافعي : تهاوترت البينتان ويكون المدعى لدى اليد تركا في يده وهو قضاء ترك لا قضاء ملك . وفي القول الآخر ترجع بينة ذي اليد فيقضى به لدى اليد قضاء ملك وفي الملك المطلق ، لأن في المقيد بالسبب المعين أو بالتاريخ تفصيلا وخلافا كما سيجيء إن شاء الله تعالى (وقال الشافعي) أي في المسئلة التي نحن فيها (في قول تهاوترتا) أي البينتان : أي تساقطنا وبطلتا . مأخوذ من الهتر بكسر الهمزة وهو السقط من الكلام والخطأ فيه ، كذا في المغرب (وفي قول يقرع بينهما) أي بين المدعين ويقضى لمن خرجت قرعته (لأن إحدى البينتين كاذبة يقيّن لاستحالة اجتماع الملكين في الكل) أي في كل العين (في حالة واحدة وقد تعدر التمييز) أي بين الصادقة منها والكاذبة فيمتنع العمل بهما (فيهما تارة) كما لو شهد شاهدان أنه طلق امرأته يوم النحر بمكة ، وآخرا أن أنه أعتق عبده بالكوفة في ذلك اليوم ، وهذا لأن تهمة الكذب تمنع العمل بالشهادة فالتيقن به أولى ، كذا في النهاية والكفاية (أو يصار إلى القرعة « لأنه عليه الصلاة والسلام أقرع فيه وقال : اللهم أنت الحكم بينهما ») روى سعيد بن المسيب « أن رجلين تنازعا في أمة بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم وأقاما البينة فأقرع رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما وقال : اللهم أنت تقضى بين عبادك بالحق ، ثم قضى بها لمن خرجت قرعته » (ولنا حديث تميم بن طرفة) الطائي رواية عن أبي موسى الأشعري

(باب ما يدعيه الرجلان)

لما فرغ من ذكر حكم الواحد من المدعين شرع في بيان حكم الاثنين لأن الواحد قبل الاثنين (قال : وإن ادعى اثنان عينا في يد ثالث كل واحد منهما يزعم أنها له وأقاما البينة على ذلك قضى بها بينهما . وقال الشافعي في قول : تهاوترتا) أي تساقطنا من الهتر بكسر الهمزة وهو السقط من الكلام والخطأ فيه (وفي قول : يقرع بينهما لأن إحدى البينتين كاذبة يقيّن لاستحالة اجتماع الملكين في كل العين في حالة واحدة) والتمييز متعذر فيمتنع العمل بكل واحد منهما ، أو يصار إلى القرعة لأنه صلى الله عليه وسلم أقرع فيه . روى سعيد بن المسيب « أن رجلين تنازعا في أمة بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم وأقاما البينة ، فأقرع رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما فقال : اللهم إنك تقضى بين عبادك بالحق ، ثم قضى بها لمن خرجت قرعته » ولنا حديث تميم بن طرفة الطائي « أن رجلين تنازعا في عين بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم وأقاما البينة فقضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما نصفين » وعن أبي الدرداء رضي الله عنه « أن رجلين اختصما بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم في شيء

(باب ما يدعيه الرجلان)

« أن رجلين اختصما إلى رسول الله عليه الصلاة والسلام في ناقة وأقام كل واحد منهما البيعة فقضى بها بينهما نصفين ». وحديث القرعة كان في الابتداء ثم نسخ ، ولأن المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود بأن يعتمد أحدهما سبب الملك والآخر اليد فصحت الشهادتان فيجب العمل بهما ما أمكن ، وقد أمكن بالتنصيف إذا أحل يقبله ، وإنما ينصف لاستوائهما في سبب الاستحقاق .

رضى الله تعالى عنه ذكره أبو داود (« أن رجلين اختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم في ناقة وأقام كل واحد منهما بيعة فقضى بها بينهما نصفين ») وعن أبي الدرداء رضى الله تعالى عنه « أن رجلين اختصما بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم في شيء وأقاما البيعة ، فقال : ما أحوجكما إلى سلسلة كسلسلة بني إسرائيل ، كان داود عليه السلام إذا جلس لفصل القضاء نزلت سلسلة من السماء بعنق الظالم ، ثم قضى به رسولنا صلى الله عليه وسلم بينهما نصفين » (وحديث القرعة كان في الابتداء ثم نسخ) هذا جواب عن حديث القرعة : يعني أنه كان في ابتداء الإسلام وقت إباحة القمار ثم نسخ بحرمة القمار لأن تعيين المستحق بمنزلة الاستحقاق ابتداء ، فكما أن تعليق الاستحقاق بخروج القرعة قمار فكذلك تعيين المستحق . بخلاف قسمة المسال المشترك لأن للقاضي هناك ولاية التعيين من غير قرعة ، وإنما يقرع تطييباً للقلوب ، ونفياً لتهمة الميل عن نفسه فلا يكون ذلك في معنى القمار ، كذا في الكافي وسائر الشروح (ولأن المطلق) بكسر اللام أى المجوز (للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود) بفتح الميم (بأن يعتمد أحدهما سبب الملك) كالشراء (والآخر اليد فصحت الشهادتان) قال صاحب العناية في حل هذا المقام : ولا نسلم كذب أحدهما بيقين لأن المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود ، فإن صحة أداء الشهادة لا تعتمد وجود الملك حقيقة لأن ذلك غيب لا يطلع عليه العباد فجاز أن يكون أحدهما اعتمد سبب الملك بأن رآه يشترى فشهد على ذلك والآخر اعتمد اليد فشهد على ذلك فكانت الشهادتان صحيحتين انتهى . أقول : الظاهر من تقريره أنه قد حل قول المصنف ولأن المطلق للشهادة الخ على منع قول الشافعي إن إحدى البيعتين كاذبة بيقين فيرد عليه أنه لا مجال لمنع ذلك على ما ذهب إليه جمهور المحققين من أن معنى صدق الخبر مطابقتها للواقع ، ومعنى كذبه عدم مطابقته لأن استحالة اجتماع الملكين في كل العين في حالة واحدة ضرورية فكذب أحدهما : أى عدم مطابقتهما للواقع متيقن بلا ريب ، وما ذكره في معرض السند للمنع لا يبعد طائفاً في دفع هذا كما لا يخفى . والوجه عندي أن لا يكون مراد المصنف بقوله المذكور منع قول الشافعي ذلك ، بل أن يكون مراده به القول بالموجب : أى إثبات مدعانا مع التزام ما قاله الخصم ، وتقريره أن المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود بأن يعتمد أحدهما سبب الملك والآخر اليد ، وكل شهادة لها مطلق كذلك فهي صحيحة سواء طابقت الواقع أو لم تطابقه ، لأن صحة الشهادة لا تعتمد تحقق المشهود به في الواقع ، فإن ذلك غيب لا يطلع عليه العباد بل إنما تعتمد ظاهر الحال فصحت الشهادتان (فيجب العمل بهما ما أمكن) لأن البيئات حجج الله تعالى والعمل بها واجب مهما أمكن (وقد أمكن) هاهنا (بالتنصيف إذا أحل يقبله) أى يقبل التنصيف (وإنما ينصف لاستوائهما) أى لاستواء المدعين (في سبب الاستحقاق)

وأقاما البيعة فقال عليه الصلاة والسلام : ما أحوجكما إلى سلسلة كسلسلة بني إسرائيل ، كان داود عليه السلام إذا جلس لفصل القضاء نزلت سلسلة من السماء بعنق الظالم ، ثم قضى به رسولنا صلى الله عليه وسلم بينهما نصفين » والجواب عن حديث القرعة أنه كان في الابتداء وقت إباحة القمار ثم انتسخ بحرمة القمار ، لأن تعيين المستحق بمنزلة الاستحقاق في إيجاب الحق لمن خرجت له ، فكما أن تعليق الاستحقاق بخروج القرعة قمار فكذلك تعيين المستحق ، ولا نسلم كذب أحدهما بيقين لأن المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود ، فإن صحة أداء الشهادة لا تعتمد وجود الملك حقيقة لأن ذلك غيب لا يطلع عليه العباد ،

(قوله بمنزلة الاستحقاق في إيجاب الحق) أقول : في إيجاب متعلق بقوله بمنزلة (قوله ولا نسلم كذب أحدهما بيقين) أقول : فيه بحث فإن الكذب هو عدم مطابقة الحكم للواقع ، وعدم مطابقة كلام أحدهما لنفس الأمر من أجل الواضحات فكيف يمنع ؟ وليس فيما ذكره في معرض السند ما يدفع ذلك كما لا يخفى . والجواب أن المانع من قبول الشهادة هو كذبها شرعاً وهو مفقود هنا وإلا لزم اجتماع إطلاق الشهادة

قال (فإن ادعى كل واحد منهما نكاح امرأة وأقاما بينة لم يقض بواحدة من البيتين) لتعذر العمل بهما لأن المحل لا يقبل الاشتراك . قال (ويرجع إلى تصديق المرأة لأحدهما) لأن النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين ، وهذا إذا لم توثق البيتان ، فأما إذا وقتا فصاحب الوقت الأول أولى

وهو الشهادة . فحاصل كلام المصنف هاهنا على ما وجهناه أن مدار العمل بالشهادتين صحتهما لاصدقتهما ، فإنه مما لا يطلع عليه العباد ، أن وجه صحتهما ما ذكره يرشد إليه أنه قال في التفریع : فصحت الشهادتان ولم يقل فصدت الشهادتان . ثم إن بعض الفضلاء اعترض على قول صاحب العناية ولا نسلم كذب أحدهما بيقين . وأجاب عنه حيث قال : فيه بحث . فإن الكذب هو عدم مطابقة الحكم للواقع وعدم مطابقة كلام أحدهما لنفس الأمر من أجل الواضحات ، فكيف يمنع وليس فيما ذكره في معرض السند ما يدفع ذلك كما لا يخفى ؟ والجواب أن المانع عن قبول الشهادة هو كذبها شرعا وهو مفقود هاهنا ، وإلا لزم اجتماع إطلاق الشهادة وتكذيبها شرعا ، فالذي لا يسلمه الشارح هو الكذب الشرعي فليتأمل انتهى . أقول : في الجواب بحث ، إذ الظاهر أن مراده بكذبها شرعا عدم مطابقتها للاعتقاد لأنه هو الذي يمكن أن يراد بلفظ الكذب هاهنا بعد أن لا يكون المراد به عدم مطابقة الحكم للواقع ولكنه ليس بموجه لأن كون صدق الخبر مطابقتها للاعتقاد المخبر ، وكذبه عدم مطابقتها للاعتقاد مذهب النظام ومن تابعه . وقد أبطله المحققون بإجماع المسلمين على تصديق اليهودي في قوله الإسلام حق مع مخالفته للاعتقاد ، وتكذيبه في قوله الإسلام باطل مع مطابقتها للاعتقاد ، فكيف يحمل الكذب الشرعي على مثل هذا المذهب المزيف ويجعل مبنى الاستدلال أئمتنا في هذه المسئلة ؟ وأيضا لو لم يكن الكذب الشرعي عدم المطابقة للواقع بل كان عدم المطابقة للاعتقاد لما كان لما ورد في قواعد الشرع من أنه تعمد الكذب ولم يتعمده معنى ، لأن الكذب بمعنى عدم المطابقة للاعتقاد لا يتصور بدون التعمد . وأيضا لا يندفع ما قاله الشافعي بمنع كذب إحدى البيتين بيقين بمعنى عدم المطابقة للاعتقاد ، إذ يكفي له كذب أحدهما بيقين بمعنى عدم المطابقة للواقع فإن التزم جواز العمل بهما عند تيقن عدم مطابقة أحدهما للواقع فلم لا يلزم جواز العمل بهما عند تيقن كذب أحدهما بمعنى عدم المطابقة للواقع . والفرق بمجرد إطلاق لفظ الكذب وعدم إطلاقه لا يؤثر في تحقيق معنى المسئلة ، فإنما هو اعتبار لفظي فلا ينبغي أن يترك به القول الموعول عليه في معنى الصدق والكذب . ثم إن قوله وإلا لزم اجتماع إطلاق الشهادة وتكذيبها شرعا إن أراد به أن يلزم اجتماع إطلاق كل واحد من الشهادتين وتكذيبها بعينها ممنوع ، وإن أراد به أنه يلزم اجتماع إطلاق كل واحد منهما وتكذيب أحدهما لا بعينها فسلم ، لكن لا نسلم المحذور فيه ، إذ الكذب بالنسبة إلى كل واحدة منهما بعينها كان محتملا لا محققا فتأمل (قال) أي القدوري في مختصره (فإن ادعى كل واحد منهما) أي من الرجلين (نكاح امرأة وأقاما بينة لم يقض بواحدة من البيتين لتعذر العمل بهما لأن المحل لا يقبل الاشتراك . قال : ويرجع إلى تصديق المرأة لأحدهما لأن النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين) وحكى عن ركن الإسلام على السغدي أنه لا ترجح أحدهما إلا بإحدى معان ثلاث : إحداهما إقرار المرأة ، والثانية كونها في يد أحدهما ، والثالثة دخول أحدهما بها إلا أن يقيم الآخر البينة أن نكاحه أسبق كذا في الشروح نقلا عن الخلاصة . قال المصنف (وهذا) أي الحكم المذكور (إذا لم توثق البيتان ، فأما إذا وقتا فصاحب الوقت الأول أولى) لما فيه من زيادة الإثبات ، كذا في الكافي . قال صاحب العناية : ولقائل أن يقول : قوله فصاحب الوقت الأول ليس بجلي ، لأنه إنما يكون أولى إذا كان الثاني بعده بمدة لا يحتمل انقضاء العدة فيها ، أما إذا احتملت ذلك فيساويان

فجاء أن يكون أحدهما اعتمد سبب الملك بأن رآه يشترى فشهد على ذلك ، والآخر اعتمد اليد فشهد على ذلك فكانت الشهادتان صحيحتين فيجب العمل بهما ما أمكن ، وقد أمكن بالتصنيف بينهما لكون المحل قابلا وتساويهما في سبب الاستحقاق (قال فإن ادعى كل واحد منهما نكاح امرأة الخ) دجوى نكاح المرأة من رجلين ، إما أن تكون متعاقبة أو لا ، فإن كان الثاني فلا بينة

وتكذيبها شرعا فالذي لا يسلمه الشارح هو الكذب الشرعي فليتأمل (قوله فكانت الشهادتان صحيحتين) أقول : يعني شرعا .

(وإن أقرت لأحدهما قبل إقامة البينة فهي امرأته) لتصادقهما (وإن أقام الآخر البينة قضى بها) لأن البينة أقوى من الإقرار

بلحواز أن الأول طلقها فتزوج بها الثاني . والجواب أن ذلك إنما يعتبر إذا كان دعوى النكاح بعد طلاق الأول وليس الكلام في ذلك ، وأيضاً قد ذكرنا أن الثابت بالبينة كالثابت عياناً ، ولو عاينا تقدم الأول حكمنا به ، فكذا إذا ثبت بالبينة انتهى . أقول : في الجواب الأول نظر ، لأنه إذا كان دعوى النكاح بعد طلاق الأول وأقيمت البينة عليها كان صاحب الوقت الثاني أولى قطعاً ، وليس مدار السؤال على دعوى أولوية الثاني بل على منع أولوية الأول ، وهذا المنع لا يتوقف على كون دعوى النكاح بعد طلاق الأول بل يتوجه أيضاً على تقدير دعوى النكاح مطلقاً : أى من غير تقييد بكونه بعد طلاق الأول فيما إذا احتملت المدة التي بين الوقتين انقضاء العدة بلحواز أن الأول طلقها وانقضت عدتها فتزوج بها الثاني ، كما ذكر في السؤال فلم تثبت الأولوية في الأول مطلقاً . وأما الجواب الثاني فهو وإن كان صحيحاً في نفسه إلا أن فيه نوع احتياج إلى بيان لمية الحكم بالأول فيما عاينا تقدمه أيضاً مع الاحتمال المذكور ، فالأحسن هاهنا ما ذكره تاج الشريعة حيث قال : فإن قلت : أمكن العمل بالبينتين بتخلل الطلاق . قلت : لا يمكن لأن النكاح الثاني يحتمل أن يكون بعد الطلاق ويحتمل أن يكون مع بقاء الطلاق فلا يبطل النكاح الثابت للأول بالشك ، ولا يقال : يحمل أمرهما على الصلاح لأن هذا إنما يعتبر في الدفع لافي إبطال حق الغير وهاهنا الحاجة إلى الإبطال انتهى . (وإن أقرت لأحدهما قبل إقامة البينة فهي امرأته لتصادقهما ، فإن أقام الآخر البينة قضى بها لأن البينة أقوى من الإقرار) إذ البينة حجة متعديّة والإقرار حجة قاصرة . وذكر في نكاح المبسوط : ولو تنازع رجلان في امرأة كل واحد منهما يدعى أنها امرأته ويقع البينة . فإن كانت في بيت أحدهما أو كان دخل بها فهي امرأته لأن البينتين إذا تعارضتا على العقد ترجح إحداهما بالقبض . كما لو ادعى رجلان تلقى الملك في عين من ثالث بالشراء وأحدهما قابض وأقاما البينة كانت بينة صاحب اليد أولى . لأن فعل المسلم محمول على الصحة والحل ما أمكن . والإمكان ثابت هنا بأن يجعل نكاح الذي دخل بها

لها ، فالمرأة إما أن تقر لأحدهما أو لا ، فإن أقرت فهي امرأته لتصادقهما ، وإن لم تقر لم يقض لواحد ، وإن كان ثم بينة فمن أقام البينة فهي امرأته وإن أقرت لغيره لأن البينة أقوى من الإقرار ، وإن أقامها ، فلما أن تكون في بيت أحدهما أو دخل بها أولاً ؟ فإن كان ذلك فهي امرأته ، لأن النقل إلى بيته أو الدخول بها دليل سبق تاريخ عقده ، إلا أن يقع الخارج بينة على سبق نكاحه فإنها تقبل ، لأن الصريح أولى من الدلالة ، وإن لم يكن ذلك فمن أثبت سبق التاريخ فهي امرأته ، لأن الثابت بالبينة كالثابت عياناً ، وإن لم يذكر تاريخاً لم يقض بواحدة منهما لتعذر العمل بهما لعدم قبول المحل للاشتراك ، ويرجع إلى تصديق المرأة لأحدهما ، فأيهما أقرت له أنه تزوجها قبل الآخر فهي امرأته ، لأن النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين . ولقائل أن يقول : قوله فصاحب الوقت الأول أولى ليس بجلي لأنه إنما يكون أولى إذا كان الثاني بعده بمدة لا تحتمل انقضاء العدة فيها ، أما إذا احتملت ذلك فيتساويان بلحواز أن الأول طلقها فتزوج بها الثاني . والجواب أن ذلك إنما يعتبر إذا كان دعوى النكاح بعد طلاق الأول وليس الكلام في ذلك ، وأيضاً قد ذكرنا أن الثابت بالبينة كالثابت عياناً ، ولو عاينا تقدم الأول حكمنا به

(قوله وإن أقامها الخ) أقول : الأظهر أن يقرر هكذا : وإن أقامها ، فإن أرغما وكان تاريخ أحدهما أسبق كان هو أولى ، وإن لم يؤرخا أو استوى تاريخهما ، فإن كان مع أحدهما قبض كالدخول بها أو نقلها إلى منزله كان هو أولى ، وإن لم يوجد شيء من ذلك يرجع إلى تصديق المرأة ، وإما قلنا الأظهر ذلك لما لا يخفى عليك مافى تقرير الشارح من الانقلاق والانتشار . قال الإقناني نقلاً من فصول الاستروشي : وإن أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر فصاحب التاريخ أولى . والظاهر أن يقيده قوله وإن أرخ أحدهما بلا يد ولا إقرار وإلا فصاحب اليد والإقرار أولى (قوله فإن كان ذلك فهي امرأته الخ) أقول : ولا يجهز قولها وتصديقها (قوله وإن لم يكن ذلك) أقول : معطوف على قوله فإن كان ذلك ، وقوله ذلك إشارة إلى قوله فلما أن يكون في بيت أحدهما أو دخل بها (قوله وإن لم يذكر تاريخاً) أقول : أو استوى تاريخهما (قوله والجواب أن ذلك الخ) أقول : أشار بقوله ذلك إلى قوله بلحواز أن الأول طلقها الخ .

(ولو تفرّد أحدهما بالدعوى والمرأة تجحد فأقام البينة وقضى بها القاضى له ثم ادعى الآخر وأقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بها) لأن القضاء الأول قد صح فلا ينقض بما هو مثله بل هو دونه (إلا أن يؤقت شهود الثانى سابقا) لأنه ظهر الخطأ فى الأول بيقين . وكذا إذا كانت المرأة فى يد الزوج ونكاحه ظاهر لا تقبل بينة الخارج إلا على وجه السبق . قال (ولو ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى منه هذا العبد) معناه من صاحب اليد وأقاما بينة

ثابتا حين دخل ، وهذا لأن تمكنه من الدخول بها أو من نقلها إلى بيته دليل سبق عقده ، ودليل التاريخ كالصريح بالتاريخ ، إلا أن يقيم الآخر البينة أنه تزوّجها قبله فحينئذ سقط اعتبار الدليل فى مقابلة التصريح بالسبق ، وإن لم تكن فى يد أحدهما فأيهما أقام البينة أنه أول فهو أحق بها ، لأن شهوده شهدوا بسبق التاريخ فى عقده ، والثابت بالبينة كالثابت بالمعينة أو بإقرار الخصم ، وإن لم يكن لهما على ذلك بينة فأيهما أقرت المرأة أنه تزوّجها قبله أو أنه تزوّجها دون الآخر فهي امرأته ، إما لأن بينته ترجع بإقرارها له كما بينا فى جانب الزوج ، أو لأن البينتين لما تعارضتا وتعذر العمل بهما بقى تصديق أحد الزوجين مع المرأة على النكاح فيثبت النكاح بينهما بتصادقهما ، كذا فى النهاية . وأنت تعلم أن هذا بمنزلة الشرح لما فى الكتاب ، وأنه يظهر منه أن قول القدورى : فإن ادعى كل واحد منهما نكاح امرأة وأقاما بينة لم يقض بواحدة من البينتين فيما إذا تم تكن المرأة فى بيت أحدهما ولم يكن أحدهما دخل بها . واعلم أن هذا كاه إذا كان التنازع حال حياة المرأة ، وأما إذا كان بعد وفاتها فهو على وجهه ولا يعتبر فيه الإقرار واليد ، فإن أرتخا وتاريخ أحدهما أسبق يقضى بالنكاح والميراث له ويجب عليه تمام المهر ، وإن لم يورثا أو أرتخا على السواء فإنه يقضى بالنكاح بينهما ويجب على كل واحد من الزوجين نصف المهر ويرثان منها ميراث زوج واحد . فترق بين الدعوى حالة الحياة وبين الدعوى بعد الوفاة . والفرق أن المقصود فى حال الحياة هى المرأة وهى لا تصلح للشركة بينهما ، والمقصود بعد الوفاة هو الميراث وهو مال فيقبل الشركة ، فإن جاءت بولد يثبت النسب من الأبوين ويرث الابن من كل واحد منهما ميراث ابن كامل لأن البنوة لا تنتجأ . كذا فى غاية البيان نقلا عن الفصول ، وفى الفصول نقلا عن المحيط (ولو تفرّد أحدهما بالدعوى) يعنى أن الذى ذكر من قبل فيما إذا ادعى معا ، ولو تفرّد أحدهما بالدعوى (والمرأة تجحد فأقام البينة وقضى بها القاضى له ثم ادعى الآخر وأقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بذلك) أى بما ادعاه الثانى (لأن القضاء الأول قد صح فلا ينقض بما هو مثله بل هو دونه) أى لا ينقض القضاء بالبينة الثانية التى هى مثل الأولى ، بل دونها لأن الأولى تأكدت بالقضاء ، وهذا لأن فى الظنيات لا ينقض المثل بالمثل ولهذا لا يهدم رأى الرأى ، كذا فى غاية البيان (إلا أن يؤقت شهود الثانى سابقا) أى وقتا سابقا فإنه يقضى حينئذ بما ادعاه الثانى (لأنه ظهر الخطأ فى الأول بيقين) حيث ظهر أنه تزوّج منكوحة الغير . أقول : فى قول المصنف بيقين تسامح ، لأن البينات من الظنيات لامن اليقنيات على ما صرحوا به ، ولعل صاحب الكافى تنبه له حيث ترك لفظة بيقين فى تحريره (وكذا إذا كانت المرأة فى يد الزوج ونكاحه ظاهر لا تقبل بينة الخارج إلا على وجه السبق) قد مرّ بيان هذه المسئلة على الوجه الأتمّ فيما ذكرنا من قبل نقلا عن المبسوط (قال) أى القدورى فى مختصره (ولو ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى منه هذا العبد) قال المصنف (معناه) أى معنى قوله منه (من صاحب اليد) وإنما قيد به لأن كل واحد منهما لو ادعى الشراء من غير صاحب اليد فهو لا يخلو إما أن يدعى الشراء من واحد أو اثنين ، فالحكم على التفصيل يحمى بعد هذا فى الكتاب ، كذا فى النهاية وغيرها . ثم إن تمام قول القدورى (وأقاما بينة) أى أقام كل واحد منهما بينة على ما ادعاه

فكذا إذا ثبت بالبينة وإن كان الأول ، فإذا انفرد أحدهما والمرأة تجحد فأقام البينة وقضى له بها ثم ادعى الآخر وأقامها على مثل ذلك لا يحكم بها لأن القضاء الأول قد صح ومضى فلا ينقض بما دونه ، إلا أن يؤقت شهود المدعى الثانى وقتا سابقا فيقضى له لأنه ظهر الخطأ فى الأول بيقين (قوله وكذا إذا كانت المرأة فى يد الزوج) مرّ بيانه . قال (ولو ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى منه هذا العبد الخ) عيد فى يد رجل ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى منه هذا العبد . قال المصنف (معناه من صاحب اليد) احترازاً عما سيأتى بعده هذه المسئلة (وأقاما) على ذلك (بينة) من غير تأييد

(فكل واحد منهما بالخيار إن شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن وإن شاء ترك) لأن القاضى يقضى بينهما نصفين لاستوائهما في السبب فصار كالفضولين إذا باع كل واحد منهما من رجل وأجاز المالك البيعين بخير كل واحد منهما لأنه تغير عليه شرط عقده ، فلعل رغبته في تملك الكل فيرده ويأخذ كل الثمن

حمل صاحب العناية هذا القول على ما لو أقامها من غير توقيت حيث قال في شرح المقام : وأقاما على ذلك بينة من غير توقيت ، فكانه أخذ ذلك من تصريح صاحب الكافي هاهنا حيث قال في شرح المقام : ولم توقيت واحدة من البيتين وقتا . وأقول : الأولى تعميم لما لم يؤقتا ولما وقتا ووقتهما على السواء ، لأن حكم هاتين الصورتين سواء على ما صرح به في مبسوط شيخ الإسلام والدخيرة وفتاوى قاضيخان وسائر المعبرات ، ولفظ الكتاب مساعد للتعميم لهما ، ولولم يعمم لزم أن يكون صورة ما وقتا ووقتهما على السواء متروكة في الكتاب بالكلية من بين أقسام هذه المسئلة لعدم دخولها في الصور الآتية المتشعبة من هذه المسئلة ، ولا يخفى بعد ذلك (فكل واحد منهما بالخيار ، إن شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن ، وإن شاء ترك لأن القاضى يقضى بينهما نصفين لاستوائهما في السبب فصار كالفضولين إذا باع كل واحد منهما من رجل وأجاز المالك البيعين بخير كل واحد منهما) قال المصنف (لأنه تغير عليه شرط عقده) وهو رضاه لأنه ما رضى بالعقد إلا ليسلم له كل المبيع ، فإذا لم يسلم اختل رضاه بتفريق الصفقة عليه ، كذا في معراج الدراية أخذنا من الكافي . وفسر صاحب العناية شرط عقده باتحاد الصفقة حيث قال : لأن شرط العقد الذى يدعيه وهو اتحاد الصفقة قد تغير عليه (فلعل رغبته في تملك الكل) ولم يحصل (فيرده ويأخذ كل الثمن) وقال بعض الفضلاء ردّا على صاحب العناية : الظاهر أن المراد من شرط العقد هو الرضا ، وقد تغير لأنه ما رضى بالعقد إلا ليسلم له كل المبيع ، وإذا لم يسلم اختل رضاه بتفريق الصفقة كما صرح به العلامة الكاكي ، ويؤيده قول المصنف فلعل رغبته في تملك الكل وأيضاً لاتحاد وصف العقد فكيف يكون شرطاً له انتهى . أقول : الذى هو تصرف نفس ذلك القائل هاهنا ساقط ، أما قوله ويؤيده قول المصنف فلعل رغبته في تملك الكل فلأن قول المصنف هذا يؤيد ما ذكره صاحب العناية أكثر من أن يؤيد ما ذكره العلامة الكاكي صاحب معراج الدراية كما يظهر بالتأمل الصادق . وأما قوله وأيضاً لاتحاد وصف العقد الخ فلأن مراد صاحب العناية أن اتحاد الصفقة شرط صحة العقد لأنه شرط نفس العقد ، كما أن الرضا أيضاً كذلك لتحقق نفس العقد فاسداً في بيع المكره مع انتفاء الرضا فيه ، وأن مراد المصنف أنه تغير شرط صحة العقد لأنه تغير شرط نفس عقده وإلا لما سأل له أن يأخذ نصف العبد بنصف الثمن بحكم ذلك العقد . ثم إن صحة العقد وصف للعقد كاتحاد الصفقة وأنه لا محذور في كون أحد وصفيه شرطاً للآخر . وقال صاحب العناية : فإن قيل : كذب إحدى البيتين متيقن لاستحالة توارد العقدين على

فكل واحد منهما بالخيار ، إن شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن) الذى شهدت به بينته ورجع على البائع بنصف ثمنه إن كان قد نقده لاستوائهما في الدعوى والحجة كما لو كان دعواهما في الملك المطلق وأقاما البينة (وإن شاء ترك) لأن شرط العقد الذى يدعيه وهو اتحاد الصفقة قد تغير عليه (فلعل رغبته في تملك الكل) ولم يحصل (فيرده ويأخذ كل الثمن) فإن قيل : كذب إحدى البيتين متيقن لاستحالة توارد العقدين على عين واحدة كلاً في وقت واحد ، فينبغي أن تبطل البيتان . أجيب بأنهم لم يشهدوا بكونهما في وقت واحد ، بل شهدوا بنفس العقد فجاز أن يكون كل منهما اعتقد سبباً في وقت أطلق له الشهادة به

(قوله لأن شرط العقد الخ) أقول : الظاهر أن المراد من شرط العقد هو الرضا وقد تغير ، لأنه ما رضى بالعقد إلا ليسلم له كل المبيع ، وإذا لم يسلم اختل رضاه بتفريق الصفقة كما صرح به العلامة الكاكي ، ويؤيده قول المصنف فلعل رغبته في تملك الكل ، وأيضاً لاتحاد وصف العقد فكيف يكون شرطاً له (قوله أجيب بأنهم لم يشهدوا بكونهما الخ) أقول : فيه بحث ، فإنهما إذا شهدا بكونهما في وقت واحد فالجواب ذلك أيضاً ، وميجى من الشارح في الصحيفة الثانية من الورق الآتى . قال الإيتاني ناقلاً عن مبسوط شيخ الإسلام أبى بكر المعروف بخواجه زاده : فإن ادعى الشراء من واحد والعين في يد ثالث ولم يؤرخا أو أرخا وتاريخهما على السواء فإنه يقضى بالدار بينهما نصفين ، ثم يخير كل واحد منهما ، إن شاء أخذ نصفها بنصف الثمن وإن شاء ترك . فجواب الشارح لا يفي بدفع ما إذا أورد عليه في تأمل .

(فإن قضي القاضى به بينهما فقال أحدهما لا أختار لم يكن للآخر أن يأخذ جميعه) لأنه صار مقضيا عليه في النصف فانفسخ البيع فيه ، وهذا لأنه خصم فيه لظهور استحقاقه بالبينة لولا بينة صاحبه بخلاف ما لو قال ذلك قبل تخيير القاضى حيث يكون له أن يأخذ الجميع لأنه يدعى الكل ولم يفسخ سببه ، والعود إلى النصف للمزاحة ولم توجد ، ونظيره تسليم أحد الشفيعين قبل القضاء ، ونظير الأول تسليمه بعد القضاء

عين واحدة كلا في وقت واحد فينبغي أن تبطل البينتان . أوجب بأنهم لم يشهدوا بكونهما في وقت واحد بل شهدوا بنفس العقد فجاز أن يكون كل منهما اعتمد سببا في وقت أطلق له الشهادة به اهـ . واعترض بعض الفضلاء على جوابه حيث قال : فيه بحث ، فإنهما إذا شهدا بكونهما في وقت واحد فالجواب ذلك أيضا ، وسيجيء من الشارح التصريح به في الورق الآتي ، وذكره الإفتائي هاهنا ناقلًا عن مبسوط شيخ الإسلام ، فجواب الشارح لا ينبغي بدفع ما إذا أورد عليه انتهى . أقول : مبنى جواب صاحب العناية هاهنا تقييده مسألة الكتاب فيما سبق بقوله من غير توقيت ، فحينئذ يتم جوابه ، فإن ما يحتاج إليه من الجواب هاهنا إنما هو مقدار ما يدفع السؤال عن مسألة الكتاب وقد حصل هذا على ذلك التقييد . وأما دفع السؤال عن مسألة أخرى غير مذكورة في الكتاب ففضلة من الكلام هاهنا فلا ضير في عدم وفاء جوابه بذلك . نعم تقييده هناك ليس بمناسب راسا كما بيناه ولكن كلام آخر موضعه ثمة ، ثم إن هاهنا جوابا آخر دافعا للسؤال عن المستثنين معا ذكره أيضا صاحب الكافي وعامة الشراح ، وهو أن البيعين يتصور وقوعهما في وقت واحد بأن وكل المالك رجلين كل واحد منهما على الانفراد بأن يبيعا عبده فباعه كل واحد من الوكيلين معا من رجل فإنه يجوز ، وعقد الوكيل كعقد الموكل ، ويضاف عقده إلى الموكل مجازا فثبت أنه لا استحصال ورود البيعين في زمان واحد من رجل واحد على عين واحدة كلا (فإن قضي القاضى به) أى بالعبد (بينهما) أى بين المدعين (فقال أحدهما لا أختار) أى لا أختار الأخذ (لم يكن للآخر أن يأخذ جميعه لأنه) أى الآخر (صار مقضيا عليه في النصف فانفسخ البيع فيه) أى في هذا النصف ، والعقد متى انفسخ بقضاء القاضى لا يعود إلا بتجديد ولا يوجد . فإن قيل : هو مدع فكيف يكون مقضيا عليه ؟ أجاب بقوله (وهذا لأنه خصم فيه) أى في النصف المقضى به (لظهور استحقاقه بالبينة لولا بينة صاحبه ، بخلاف ما لو قال ذلك) أى بخلاف ما لو قال أحدهما لا أختار الأخذ (قبل تخيير القاضى) أى قبل القضاء عليه بالخيار (حيث يكون له أن يأخذ الجميع لأنه يدعى الكل) وحجته قامت به (ولم يفسخ سببه) أى لم يفسخ سبب استحقاق الكل في شيء (والعود إلى النصف للمزاحة ولم توجد) يعنى إنما كان القضاء له بالنصف لما منع وهو مزاحة صاحبه له ، فإذا زال المانع حيث لم توجد المزاحة قضى له بالكل (ونظيره) أى نظير ما قال أحد مدعي الشراء لا أختار الأخذ قبل تخيير القاضى (تسليم أحد الشفيعين قبل القضاء) أى تسليم أحدهما الشفعة قبل قضاء القاضى بها لهما حيث يكون للآخر أن يأخذ جميع الدار (ونظير الأول) أى نظير ما قال أحد مدعي الشراء لا أختار الأخذ بعد قضاء القاضى لهما بالخيار (تسليمه بعد القضاء)

(فإن قضي القاضى به بينهما نصفين فقال أحدهما لا أختار لم يكن للآخر أن يأخذ جميعه لأنه صار مقضيا عليه بالنصف فانفسخ العقد فيه) والعقد متى انفسخ بقضاء القاضى لا يعود إلا بتجديد ولا يوجد . فإن قيل : هو مدع فكيف يكون مقضيا عليه ؟ أجاب بقوله (وهذا لأنه خصم فيه) أى في النصف المقضى به (لظهور استحقاقه بالبينة لولا بينة صاحبه ، بخلاف ما لو قال ذلك قبل تخيير القاضى) وهو القضاء عليه حيث كان له أن يأخذ الجميع لأنه يدعى الكل والحجة قامت به ولم يفسخ سببه وزال المانع وهو مزاحة الآخر (قوله حيث يكون له أن يأخذ الجميع) يشير إلى أن الخيار باق . وذكر بعض الشارحين ناقلا عن مبسوط شيخ الإسلام خواهر زاده أنه لا خيار له وهو الظاهر ، ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للأول منهما لأنه أثبت الشراء في زمان لا ينافيه فيه أحد فاندفع الآخر به ، ولو وقتت إحداها دون الأخرى فهو لصاحب الوقت لثبوت ملكه في ذلك الوقت مع

(قوله وقواه حيث يكون له ، إلى قوله : ' يشير إلى أن الخيار ألغى) أقول : وإلا فكان ينبغي أن يقول حيث يأخذ الجميع ، ولا يبعد حمل كلام المصنف على المشاكلة (قوله وذكر بعض الشارحين) أقول : أراد الإفتائي ،

(ولو ذكر كل واحد منهما تاريخاً فهو للأول منهما) لأنه أثبت الشراء في زمان لا ينافيه فيه أحد فاندفع الآخر به (ولو وقتت إحداها ولم توقت الأخرى فهو لصاحب الوقت) لثبوت ملكه في ذلك الوقت واحتمل الآخر أن يكون قبله أو بعده فلا يقضى له بالشك (وإن لم يذكر تاريخاً ومع أحدهما قبض فهو أولى) ومعناه أنه في يده لأن تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه ،

أى تسليم أحد الشفيعين الشفعة بعد قضاء القاضى بهما حيث لا يكون للآخر إلا أخذ نصف الدار . واعلم أنه لم يذكر في بعض نسخ الهداية قوله والعود إلى النصف للمزاحة إلى هنا ، وذكر في بعضها ولهذا لم يقع شرحه في بعض الشروح ، ووقع في بعضها ونحن اخترنا شرحه والتنبيه على عدم وجوده في بعض النسخ (ولو ذكر كل واحد منهما تاريخاً فهو للأول منهما) هذا لفظ القدورى في مختصره . قال المصنف (لأنه أثبت الشراء في زمان لا ينافيه فيه أحد) فاستحقاقه من ذلك الوقت (فاندفع الآخر به) إذ قد تبين به أن الآخر اشتراه من غير المالك فكان شراؤه باطلاً (ولو وقتت إحداها) أى إحدى البيتين (ولم توقت الأخرى فهو لصاحب الوقت لثبوت ملكه في ذلك الوقت واحتمل الآخر أن يكون قبله أو بعده فلا يقضى له بالشك) أقول : فيه شيء وهو أن الآخر أثبت الملك أيضاً ، وإنما الشك في أنه قبل ذلك الوقت أو بعده فاحتمال قبليته يقتضى رجحانه على صاحب الوقت واحتمال بعديته يقتضى العكس ، فإلا الوجه في العمل بالاحتمال الثانى على أن الشك في أن أحدهما مقدم على الآخر أو مؤخر عنه يستلزم الشك أيضاً في أن الآخر مقدم عليه أو مؤخر عنه فلم يظهر الرجحان في جانب ، فالوجه ما ذكره صاحب الكافي حيث قال : ولو وقتت إحداها ولم توقت الأخرى قضى به لصاحب الوقت لأنه ثبت له الملك في ذلك الوقت ، والذي لم يوقت ثبت ملكه في الحال لأن شراؤه حادث فيضاف حدوثه إلى أقرب الأوقات ما لم يثبت التاريخ فكان شراء الموقت سابقاً فكان أولى انتهى (وإن لم يذكر تاريخاً ومع أحدهما قبض فهو أولى) هذا لفظ القدورى في مختصره . قال المصنف (ومعناه) أى ومعنى قوله ومع أحدهما قبض (أنه في يده) أى القبض ثابت في يده معانية ، وإنما احتاج إلى التفسير بهذا لأن قوله ومع أحدهما قبض يجوز أن يحمل على أن يكون معناه أثبت قبضه بالبينة فيما مضى من الزمان وهو في الحال في يد البائع ، وجاز أن يكون الحكم هناك على خلاف هذا حيث ذكر في الذخيرة ثبوت اليد لأحد المدعين بالمعانية ، كذا في النهاية وغيرها . أقول : بقى هاهنا كلام ، وهو أن الظاهر أن هذه المسئلة والمسئلة السابقة التى كانت مذكورة أيضاً في مختصر القدورى وهى قوله ولو ذكر كل واحد منهما تاريخاً فهو للأول منهما ، وكذا المسئلة التى ذكرها المصنف في البيتين وهو قوله ولو وقتت إحداها ولم توقت الأخرى فهو لصاحب الوقت كلها من شعب المسئلة المارة وهى قوله ولو ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى منه هذا العبد ومتفرعاتها يرشد إليه أنه لم يعد في شيء منها لفظ الادعاء ولا ذكر إقامة البينة كما كان الأسلوب المطرد عند الانتقال إلى مسئلة مستقلة . وقد قال المصنف في صدر المسئلة معناه من صاحب اليد ، فافتضى ذلك أن يكون وضع المسئلة فيما إذا كان المدعى في يد البائع . وقال هاهنا : ومعناه أنه في يده : أى في يد أحد المدعين فافتضى هذا أن يكون المدعى في يد المشترى فكان مخالفاً لوضع المسئلة فليتأمل في التوجيه (لأن تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه) تعليل للمسئلة المذكورة . قال صاحب العناية : وتحقيق ذلك يتوقف على مقدمتين : إحداها أن الحادث يضاف إلى أقرب الأوقات . والثانية أن «ما» مع البعد بعديّة زمنية فهو بعد ، فإذا عرف هذا فقضى القابض وشراء غيره حادثان فيضافان إلى أقرب الأوقات فيحكم بثبوتهما في الحال وقبض القابض مبنى على شرائه ومتأخر عنه ظاهراً فكان بعد شرائه ، ويلزم من ذلك أن يكون شراء غير القابض بعد شراء القابض فكان شراؤه أقدم تاريخاً ، وقد تقدم أن التاريخ المتقدم أولى انتهى . أقول : قد أخذ هذا التحقيق من تقرير صاحب الكافى وعليه عامة الشراح ، لكن لا يخفى على ذى فطرة سليمة أن ماجرت عليه عادة المصنف في أسلوب تحريره من إيجاز الكلام

احتمال الآخر أن يكون قبله أو بعده فلا يقضى له بالشك ولولم يذكر تاريخاً لكنه في يد أحدهما فهو أولى (لأن تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه) وتحقيق ذلك يتوقف على مقدمتين : إحداها أن الحادث يضاف إلى أقرب الأوقات ، والثانية أن «ما» مع البعد بعديّة

ولأنهما استويا في الإثبات فلا تنقض اليد الثابتة بالشك ، وكذا لو ذكر الآخر وقتا لما بينا .

وتنقيح المرام ما بآي أن يكون مراده ذلك ، إذ لو أراد ذلك لاكتفى بأن قال لأن قبضه يدل على سبق شرائه ، إذ يحصل به ماهو مدار ذلك التحقيق فلا يبقى للذكر تمكنه من قبضه موقع حسن ، فعندى أن تحقيق مراده هو أن تمكن أحدهما من قبض المدعى يدل على كون شرائه إياه سابقا ، إذ لو كان شراء غير القابض إياه سابقا لما تمكن القابض من قبضه . فإنه يصير حينئذ ملكا لغير القابض ، والإنسان لا يتمكن عادة من قبض ملك الغير بل إنما يتمكن من قبض ملك نفسه ، فلما تمكن القابض من قبضه دل تمكنه منه على سبق شرائه ، وهذا المعنى مع كونه ظاهرا من عبارة المصنف بلا كلفة وبلا توقف على بسط مقدمة أجنبية ستظهر تمرته الجليلة عن قريب إن شاء الله تعالى (ولأنهما استويا في الإثبات) أى ولأن القابض وغير القابض استويا في إثبات الشراء بالبينة ، وللقابض أمر مرجح وهو يده الثابتة بالمعينة لأن غير القابض يحتمل أن يكون قبل القابض في العقد فينقض يد القابض وأن يكون بعده في العقد فلا ينقض يده فصار أمره مشكوكا (فلا تنقض اليد الثابتة بالشك) . لا يقال : بينة الخارج أولى من بينة ذى اليد فينبغى أن ترجح بينة غير القابض . لأننا نقول : بينة الخارج إنما تكون أولى من بينة ذى اليد إذا ادعى ملكا مطلقا . أما إذا ادعى الملك بسبب فهما سيان نص عليه صاحب الكافي ها هنا ، وقد صرحوا به في مواضع منها مأمرا في أوائل باب اليمين . قال صاحب العناية : وطولب بالفرق بين هذه وبين ما إذا ادعى الشراء من اثنين وأقاما البينة وأحدهما قابض فإن الخارج هناك أولى . والجواب أن كل واحد من المدعين ثمة يحتاج إلى إثبات الملك لبايعه أولا ، فاجتمع في حق البائعين بينة الخارج وذى اليد فكان بينة الخارج أولى ، وها هنا ليس كذلك انتهى . وقد سبقه إلى هذا السؤال والجواب صاحب النهاية ، وزاد في البيان حيث قال : فأما ها هنا فلا يحتاجان إلى إثبات الملك ، بل هو ثابت بتصادقهما عليه ، إنما حاجتهما إلى إثبات سبب الاستحقاق عليه وسبب القابض أقوى لتأكده بالقبض فكان هو أولى انتهى . أقول : في الجواب بحث ، وهو أن الذى يثبت لكل واحد من المدعين الملك له ثمة وهو بائع أن كل واحد منهما ليس بذى يد بل هو خارج كغير القابض من المدعين ، وكون بينة الخارج أولى من بينة ذى اليد فيما إذا أثبتنا الملك لأنفسهما مسلم ، وأما فيما إذا أثبتناه لخارج آخر فممنوع ، ألا يرى أن الدليل الذى ذكرناه للإثبات كون بينة الخارج أولى من بينة ذى اليد ، وهو أن بينة الخارج أكثر إثباتا أو إظهارا ، فإن قدر ما أثبتته اليد لا تثبت بينة ذى اليد دليل مطلق الملك انتهى . إنما يجرى فيما إذا أثبتنا الملك لأنفسهما لا فيما إذا أثبتناه لخارج آخر كما لا يخفى فتأمل (وكذا لو ذكر الآخر وقتا) أى لو ذكر غير القابض وقتا كان العبد لذى اليد أيضا (لما بينا) قال صاحب العناية : بل عامة الشراح قوله لما بينا إشارة إلى قوله لأن تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه . أقول : يرد عليهم أنهم حلوا قول المصنف فيما مر لأن تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه على التحقيق المبني على المقدمتين كما مر ، وذلك التحقيق لا يجرى فيما إذا ذكر الآخر

زمانية فهو بعد . فإذا عرف هذا فقبض القابض وشراء غيره حادثان فيضافان إلى أقرب الأوقات فيحكم بشبوتهما في الحال ، وقبض القابض مبني على شرائه ومتأخر عنه ظاهرا فكان بعد شرائه ، ويلزم من ذلك أن يكون شراء غير القابض بعد شراء القابض فكان شراؤه أقدم تاريخا ، وقد تقدم أن التاريخ المتقدم أولى (ولأنهما استويا في الإثبات) وبينه غير القابض قد تكون مما ينقض اليد وقد لا تكون (فلا تنقض اليد الثابتة بالشك) وطولب بالفرق بين هذه وبين ما إذا ادعى الشراء من اثنين وأقاما البينة وأحدهما قابض فإن الخارج هناك أولى . والجواب أن كل واحد من المدعين ثمة يحتاج إلى إثبات الملك لبايعه أولا . فاجتمع في حق البائعين بينة الخارج وذى اليد فكان بينة الخارج أولى وها هنا ليس كذلك (وكذا إذا ذكر الآخر) يعنى بينة الخارج (وقتا) فذو اليد أولى ، لأن بذكر الوقت لا يزول احتمال سبق ذى اليد (وقوله لما بينا) إشارة إلى قوله لأن تمكنه من قبضه يدل على

(قوله وبينه غير القابض قد تكون الخ) أقول : إذا كانت شهادتهم بالشراء المقدم (قوله وقد لا يكون) أقول : إذا كان المشهود به الشراء المتأخر (قوله يحتاج إلى إثبات الملك) أقول : أى الملك المطلق (قوله وها هنا ليس كذلك) أقول : لأنهما على أن الملك كان لبايع (قوله وقوله لما بينا إشارة إلى قوله لأن تمكنه الخ) أقول : لا بد من التأمل أنه هل يمتنع هنا تحقيقه المبني على المقدمتين ، بل الظاهر أنه

إلا أن يشهدوا أن شراءه كان قبل شراء صاحب اليد لأن الصريح يفوق الدلالة . قال (وإن ادعى أحدهما شراء والآخر هبة وقبضا) معناه من واحد (وأقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء أولى) لأن الشراء أقوى لكونه معاوضة من الجانيين ، ولأنه يثبت الملك بنفسه والملك في الهبة يتوقف على القبض :

وقتا لأنه لما ثبت شراء الآخر الذي هو غير القابض في وقت معين لم يبق مجال لأن يضاف إلى أقرب الأوقات ، لأن إضافة الحادث إلى أقرب الأوقات إنما تتصور فيها إذا لم يثبت التاريخ فلم تحصل المقدمة الأولى . ولما لم يثبت تاريخ قبض القابض أضيف إلى أقرب الأوقات الذي هو الحال فلم يكن شراء غير القابض بعد شراء القابض فلم تحصل المقدمة الثانية . وأما شراء القابض فإنه وإن كان سابقا على قبضه في الظاهر حمل لفعل المسلم على الصلاح دون الغصب كما ذكرنا فيها مر ، إلا أنه ليس بمعتين السبق على الوقت الذي ذكره الآخر، بل يحتمل أن يكون قبله أو بعده فلا يقضى بالشك مثل ما ذكره المصنف فيها إذا لم يوقت أحدهما ووقت الآخر ولم يكن لأحدهما قبض فالصواب أن يحمل قول المصنف فيها مر ، لأن تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه على المعنى الذي ذكرناه هناك ، ثم يجعل قوله هاهنا لما بينا إشارة إلى ذلك القول ، إذ المعنى المذكور يتمشى فيما نحن فيه أيضا كما لا يخفى ، وهذا هو الثمرة التي أشرنا إليها فيما مر آتفا (إلا أن يشهدوا) أي شهود الخارج (أن شراءه) أي شراء الخارج كان (قبل شراء صاحب اليد) فحينئذ يكون الخارج أولى (لأن الصريح يفوق الدلالة) يعني أن تقدم عقد الخارج حينئذ يثبت بتصريح شهوده ، وتقدم عقد الآخر بالدلالة حيث دل تمكنه من قبضه على سبق شرائه كما مر . ولا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح (قال) أي القدروري في مختصره (وإن ادعى أحدهما شراء والآخر هبة وقبضا) قال المصنف (معناه من واحد) أي معنى ما قاله القدروري ادعى أحدهما شراء والآخر هبة وقبضا من شخص واحد ، وإنما قيد به احترازا عما إذا كان ذلك من اثنين ، فإن المدعين حينئذ سواء ولا أولوية للشراء على الهبة كما سيجيء بعد ، ثم إن تمام لفظ القدروري (وأقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء أولى) وكذا الحكم إذا أرتخا وتاريخهما على السواء كما ذكر في غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الإسلام (لأن الشراء أقوى) أي من الهبة (لكونه معاوضة من الجانيين) والهبة تبرع يوجب الاستحقاق من جانب فكانت بينة الشراء مثبتة للأكثر فكانت أولى : لأن البينات ترجح بكثرة الإثبات (ولأنه يثبت الملك بنفسه) عطف على قوله لكونه معاوضة من الجانيين لاعلى قوله لأن الشراء أقوى : أي ولأن الشراء يثبت الملك بنفسه من غير توقف على شيء (والملك في الهبة يتوقف على القبض) ولا شك أن ما يثبت الملك بذاته أقوى مما يثبته بواسطة الغير ، فكان هذا دليلا آخر على كون الشراء أقوى من الهبة ، يشهد بذلك قول المصنف فيما ساقى لاستوائهما في القوة ، فإن كل واحد منهما عقد معاوضة فيثبت الملك بنفسه انتهى . قال صاحب العناية في شرح هذا المقام : لأنه لكونه معاوضة من الجانيين كان أقوى ، ولأن الشراء يثبت الملك بنفسه والهبة لا تثبت إلا بالقبض فكان الشراء والهبة ثابتين معا ، والشراء يثبت الملك دون الهبة لتوقفها على القبض انتهى . أقول : الظاهر من تحريره هذا كما ترى أنه جعل قول المصنف ولأنه يثبت الملك بنفسه معطوفا على قوله لأن الشراء أقوى ، فجعل كلا منهما دليلا مستقلا على أصل المسئلة ، وهو أولوية الشراء كما هو صريح كلام صاحب الكافي هاهنا ، لكن لا يخفى على ذي مسكة أن قول صاحب العناية بعيد . هذا : وقوله لما بينا أشار إلى ما ذكر من الوجهين في أن الشراء أقوى انتهى . ظاهر الدلالة على أن يكون

سبق شرائه (إلا أن يشهد شهود الخارج أن شراءه كان قبل شراء صاحب اليد) فإنه تنقض بها اليد (لأن الصريح يفوق الدلالة ، وإذا ادعى أحدهما شراء والآخر هبة وقبضا) قال المصنف (معناه من واحد) احترازا عما إذا كان ذلك من اثنين كما سيجيء (وأقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء أولى) لأنه (لكونه معاوضة من الجانيين) كان أقوى ، ولأن الشراء يثبت الملك بنفسه

إشارة إلى قوله لا تنقض اليد الثابتة بالشك ، إلا أن قوله لأن الصريح الخ يؤيد الأول (قوله ولأن الشراء ، إلى قوله : ثابتين معا الخ) أقول : بل يثبت الشراء مع القبض ، إذ الحادث يضاف إلى أقرب الأوقات على ما مر آتفا ، فلا يثبت مطلوبة التي هو سبق ملك مدعى الشراء . هذا والظاهر أن قوله ولأنه يثبت الملك بنفسه الخ دليل آخر لكون الشراء أقوى لا لكونه أولى فانهم . يشهد لذلك قوله في دليل المجتلة

وكذا الشراء والصدقة مع القبض لما بينا (والهبة والقبض والصدقة مع القبض سواء حتى يقضى بينهما) لاستوائهما في وجه التبرع . ولا ترجيح بالزوم لأنه يرجع إلى المآل وال ترجيح بمعنى قائم في الحال ، وهذا فيما لا يحتمل القسمة صحيح . وكذا فيما يحتملها عند البعض لأن الشيوع طارئ . وعند البعض لا يصح لأنه تنفيذ الهبة في الشائع وصار كإقامة البينتين على الارتهان وهذا أصح .

قول المصنف ولأنه يثبت الملك الخ معطوفا على قوله لكونه معاوضة من الجانبين ويكون كل منهما وجها مستقلا لكون الشراء أقوى كما قررناه (فيما قبل . فبين كلاميه تدافع لا يخفى وكذا الشراء والصدقة مع القبض) أي كذا الحكم إذا ادعى أحدهما الشراء والآخر الصدقة مع القبض (لما بينا) إشارة إلى ما ذكره في المسئلة السابقة من الوجهين لكون الشراء أقوى (والهبة والقبض والصدقة مع القبض سواء) يعني إذا ادعى أحدهما هبة وقبضا والآخر صدقة وقبضا فهما سواء (حتى يقضى بينهما) أي نصفين ، كذا في الكافي وغيره (لاستوائهما في وجه التبرع) فإن قيل : لانسلم التساوي فإن الصدقة لازمة لاتقبل الرجوع دون الهبة ، أجاب بقوله (ولا ترجيح بالزوم لأنه يرجع إلى المآل) أي يظهر أثره في ثاني الحال ، إذ الزوم عبارة عن عدم صحة الرجوع في المستقبل (وال ترجيح بمعنى قائم في الحال) أي الترجيح إنما يقع بمعنى قائم في الحال لا بمعنى يرجع إلى المآل . وأجيب أيضا بأن امتناع الرجوع في الصدقة لحصول المقصود بها وهو الثواب لا لقوة السبب ، ولهذا لو وقعت الهبة لذى رحم محرم لم يرجع فيها أيضا لحصول المقصود وهو صلة الرحم (وهذا) أي القضاء بالتصنيف بينهما (فيما لا يحتمل القسمة) كالحمام والرحى (صحيح ، وكذا فيما يحتمله) أي فيما يحتمل الانقسام كالدار والبستان (عند البعض لأن الشيوع طارئ) يعني أن كل واحد منهما أثبت قبضه في الكل ، إلا أنه لم يسلم له البعض لمزاحمة صاحبه فكان الشيوع طارئا وذا لا يمنع صحة الهبة والصدقة (وعند البعض لا يصح) ولا يقضى لهما بشيء (لأنه تنفيذ الهبة في الشائع) فصار كإقامة البينتين على الارتهان . قيل هذا قول أبي حنيفة . أما عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فينبغي أن يقضى لكل واحد منهما بالنصف على قياس هبة الدار لرجلين ، والأصح أنه

والهبة لاتثبت إلا بالقبض فكان الشراء والهبة ثابتين معا ، والشراء يثبت الملك دون الهبة لتوقفها على القبض ، وكذا إذا ادعى أحدهما الشراء والآخر الصدقة والقبض . وقوله (لما بينا) إشارة إلى ما ذكر من الوجهين في أن الشراء أقوى (وإذا ادعى أحدهما هبة وقبضا والآخر صدقة وقبضا فهما سواء ، ويقضى به بينهما لاستوائهما في وجه التبرع) فإن قيل : لانسلم التساوي فإن الصدقة لازمة لاتقبل الرجوع دون الهبة . أجاب بقوله (ولا ترجيح بالزوم . وتقديره أن الترجيح بالزوم بما يرجع إلى المآل : أي بما يظهر أثره في ثاني الحال ، إذ الزوم عبارة عن عدم صحة الرجوع في المستقبل ولا ترجيح بما يرجع إلى المآل لأن الترجيح إنما يكون بمعنى قائم في الحال (وهذا) أي الحكم بالتصنيف بينهما (فيما لا يحتمل القسمة) كالحمام والرحى صحيح (وكذا فيما يحتملها) كالدار والبستان (عند البعض) لأن كل واحد منهما أثبت قبضه في الكل ، ثم الشيوع بعد ذلك طارئ وذلك لا يمنع صحة الهبة والصدقة (وعند البعض لا يصح) ولا يقضى لهما بشيء (لأنه تنفيذ الهبة في الشائع فصار كإقامة البينتين على الارتهان) قيل هذا قول أبي حنيفة ، أما عند أبي يوسف ومحمد فينبغي أن يقضى لكل واحد منهما بالنصف على قياس هبة الدار لرجلين . والأصح أنه لا يصح في قولهم جميعا ، لأننا لو قضينا لكل واحد منهما بالنصف فإنما نقضى له بالعقد

الآتية لاستوائهما في القوة فإن كل واحد منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه كما لا يخفى (قوله دون الهبة لتوقفها على القبض) أقول : فكان ملك بمعنى الشراء سابقا (قوله وإذا ادعى أحدهما الشراء الخ) أقول : والظاهر أنه إذا ادعى أحدهما أنه قبضها عوضا عن هبة والآخر الشراء ، فكذا جواب المسئلة هذين الدليلين بعينهما (قوله ترجيح بما يرجع إلى المآل) أقول : لا ترجيح بما يرجع إلى المآل ، بل الترجيح إنما يكون بمعنى قائم في الحال (قوله إذ الزوم عبارة عن عدم صحة الرجوع في المستقبل) أقول : فإن قيل : ظهور الأثر في ثاني الحال إنما هو لقوة العقد في الحال فيثبت المطلوب . قلنا : لانسلم بل لحصول الأجر للمتصدق وهو كوصول الموضع للواهب فتأمل .

قال (وإذا ادعى أحدهما الشراء وادعت امرأته أنه تزوجها عليه فهما سواء) لا ستوائهما في القوة فإن كل واحد منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه وهذا عند أبي يوسف . وقال محمد : الشراء أولى ولها على الزوج القيمة لأنه أمكن العمل بالبينتين بتقديم الشراء ، إذ التزوج على عين مملوكة للغير صحيح وتجب قيمته عند تعذر تسليمه

لا يصح في قولهم جميعا ، لأننا لو قضينا لكل واحد منهما بالنصف فلنما نقضى له بالعقد الذي شهد به شهوده ، وعند اختلاف العقدين لا تجوز الهبة لرجلين عندهم جميعا ، وإنما يثبت الملك بقضاء القاضي وتمكن الشيوع في الملك المستفاد بالهبة مانع صحتهما ، كذا في العناية وغيرها (قال) أي القدر في مختصره (وإذا ادعى أحدهما الشراء) أي شراء شيء كعبد مثلا من رجل (وادعت امرأته أنه) أي ذلك الرجل (تزوجها عليه) أي تزوج المرأة المدعية على ذلك المدعي (فهما سواء) أي يقضى بذلك المدعي بينهما نصفين (لا ستوائهما) أي لاستواء الشراء والنكاح (في القوة فإن كل واحد منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه) هذا إذا لم يؤرخا أو أرخا وتاريخهما على السواء ، أما إذا أرخا وتاريخ أحدهما أسبق فالأسبق أولى ، كذا في غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الإسلام خواهرزاده . وعن هذا قال صاحب العناية في تقرير مسألة الكتاب : إذا ادعى أحدهما الشراء وادعت امرأته أنه تزوجها عليه وأقاما البينة ولم يؤرخا أو أرخا وتاريخهما على السواء يقضى بالعبد بينهما انتهى . وفي التبيين للإمام الزيلعي : ثم للمرأة نصف العين ونصف قيمة العين على الزوج لاستحقاق الآخر نصف المسمى وللمشتري نصف العين ويرجع بنصف الثمن إن شاء ، وإن شاء فسخ العقد لفرق الصفة عليه انتهى (وهذا) أي الحكم المذكور وهو التسوية بينهما (عند أبي يوسف . وقال محمد : الشراء أولى ولها على الزوج القيمة) أي للمرأة على الزوج تمام قيمة العين المدعاة (لأنه أمكن العمل بالبينتين بتقديم الشراء) يعني أن العمل بالبينات مهما أمكن واجب لكونها حجة من حجج الشرع ، فإن قدمنا النكاح بطل العمل بها لأن الشراء بعده يبطل إذا لم تجزه المرأة ، وإن قدمنا الشراء صح العمل بها (إذ التزوج على عين مملوكة للغير صحيح ويجب قيمته عند تعذر تسليمه) بأن لا يجزئه صاحبه فتعين تقديم الشراء . أقول : هاهنا إشكال ظاهر ، وهو أن العمل بالبينتين بتقديم الشراء إنما يتصور في إذا لم يؤرخا . وأما إذا أرخا وتاريخهما على السواء فلا كما لا يخفى . والمسئلة تعم الصورتين كما مر آنفا فكيف يتم خلاف محمد . ودليله المذكور في الصورة الثانية ولم يرو عن أحد تخصيص الخلاف بالصورة الأولى ، وقد تمحل بعضهم في دفعه فقال : ويمكن أن يقال معنى الشهادة على التاريخين المتحدتين أن يقول الشهود مثلا : كان العقد في أول الظهر من

الذي شهد به شهوده ، وعند اختلاف العقدين لا تجوز الهبة لرجلين عندهم جميعا ، وإنما يثبت الملك بقضاء القاضي وتمكن الشيوع في الملك المستفاد بالهبة مانع صحتهما . قال (وإذا ادعى أحدهما الشراء الخ) إذا ادعى أحدهما الشراء وادعت امرأته أنه تزوجها عليه وأقاما البينة ولم يؤرخا أو أرخا وتاريخهما على السواء يقضى بالعبد بينهما لاستوائهما في القوة ، فإن كل واحد منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه ، والمرأة على زوجها نصف القيمة ، ويرجع المشتري عليه بنصف الثمن إن كان نقده إياه ، وهذا عند أبي يوسف . وقال محمد : الشراء أولى ، لأن العمل بالبينات مهما أمكن واجب لكونها حجة من حجج الشرع ، فإن قدمنا النكاح بطل العمل بها لأن الشراء بعده يبطل إذا لم تجزه المرأة ، وإن قدمنا الشراء صح العمل بها لأن التزوج على ملك الغير صحيح والتسمية صحيحة ، وتجب القيمة إن لم يجز صاحبه فتعين تقديمه ووجب لها على الزوج القيمة . وذكر في الأسرار جواب أبي يوسف عما قاله محمد أن المقصود من ذكر السبب ملك العين والنكاح إذا تأخر لم يوجب ملك المسمى

(قوله وعند اختلاف العقدين لا تجوز الهبة) أقول : أريد بالهبة ما يعم الصدقة على سبيل عموم المجاز (قوله فإن قدمنا النكاح الخ) أقول : كيف يقدم إذا أرخا وتاريخهما على السواء ؟ وتخصيص الخلاف بما إذا لم يؤرخا خلاف الظاهر من تقريره . ويمكن أن يقال معنى الشهادة على أن التاريخين المتحدتين أن يقولوا مثلا كان العقد في أول الظهر من اليوم الفلاني وظهر أنه يسع فيه العقود المتعددة على التقدم والتأخر إذا لم ترشاهدين يشهدان على وقت مضيق لا يسع فيه عقدين اثنين ، وبه يظهر الجواب عن السؤال المذكور في الصحيفة السابقة بوجه آخر (قوله وذكر في الأسرار ، إلى قوله : لم يوجب ملك المسمى الخ) أقول : فيه بحث ، إذ لا يندفع بهذا ما ذكره محمد ، فإنه إذا تأخر النكاح ثبت ملك العين

(وإذا ادعى أحدهما رهنا وقبضا والآخر هبة وقبضا وأقاما بينة فالرهن أولى) وهذا استحسان ، وفي القياس الهبة أولى لأنها تثبت الملك والرهن لا يثبت . وجه الاستحسان أن المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان أقوى . بخلاف الهبة بشرط العوض لأنه بيع انتهاء البيع أولى من الرهن لأنه عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى ، والرهن لا يثبت إلا عند الهلاك معنى لاصورة فكذا الهبة بشرط العوض (وإن أقام الخارجان البينة على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ الأقدم أولى) لأنه أثبت أنه أول المالكين فلا يتلقى الملك إلا من جهته

اليوم الغلاتي ، وظاهر أنه يسع فيه العقود المتعددة على التقدم والتأخر إذ لم نر شاهدين يشهدان على وقت مضيق لا يسع فيه عقدان انتهى . فتأمل . قال صاحب العناية : وذكر في الأسرار جواب أبي يوسف عما قاله محمد أن المقصود من ذكر السبب ملك العين ، والنكاح إذا تأخر لم يوجب ملك المسمى كما إذا تأخر الشراء فهما سواء في حق تملك العين انتهى . وقال بعض الفضلاء : فيه بحث ، إذ لا يندفع بهذا ما ذكره محمد ، فإنه إذا تأخر النكاح ثبت ملك العين في المسمى لدعى الشراء صورة ومعنى ولمدعية المهر معنى فوجد العمل بالبينتين بقدر الإمكان ، بخلاف ما إذا سويتا هما انتهى . أقول : هذا البحث ساقط لأنه لا يثبت ملك العين للمدعية المهر عند تأخر النكاح لاصورة ولا معنى ، إذ لم نسع جعل ملك القيمة ملك العين لا بحسب اللغة ولا بحسب العرف . ولئن سلم ذلك فلا يبي يوسف أن يقول : المقصود من ذكر السبب ملك العين صورة ، إذ لولاه لاكتفى في الدعوى بذكر مبلغ القيمة فهما سواء في حق ذلك (وإن ادعى أحدهما رهنا وقبضا والآخر هبة وقبضا وأقاما بينة فالرهن أولى) هذا لفظ القدوري في مختصره : قال المصنف (وهذا استحسان ، وفي القياس الهبة أولى) وهو رواية كتاب الشهادات ، كذا في النهاية ومعراج الدراية . وجه القياس قوله (لأنها) أى لأن الهبة (تثبت الملك) أى ملك العين (والرهن لا يثبت) فكانت بينة الهبة أكثر إثباتا فهي أولى (وجه الاستحسان أن المقبوض بحكم الرهن مضمون) ولهذا قالوا : إن الرهن مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين (وبحكم الهبة) أى المقبوض بحكم الهبة (غير مضمون وعقد الضمان أقوى) أى من عقد التبرع ، ولأن بينة الرهن تثبت بدلين المهرين والدين ، والهبة لا تثبت إلا بدلا واحدا فكانت أكثر إثباتا فكانت أولى ، كذا في الشروح (بخلاف الهبة بشرط العوض) يعنى لا ترد الهبة بشرط العوض نقضا حيث كانت أولى من الرهن (لأنه بيع انتهاء) أى لأن الهبة بيع انتهاء ، وتذكير الضمير الراجع إلى الهبة باعتبار الخبر أو بتأويل العقد (والبيع أولى من الرهن لأنه) أى البيع (عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى ، والرهن لا يثبت إلا عند الهلاك معنى لاصورة هكذا الهبة بشرط العوض) أى فكذا الهبة بشرط العوض أولى من الرهن لكونها بيعا انتهاء . فإن قلت : الترجيح بمعنى قائم في الحال والهبة بشرط العوض بيع انتهاء تبرع ابتداء فتكون كالهبة مع الصدقة . قلت : نعم هي معاوضة انتهاء ، ولكن ذلك المعنى مقصود العاقد في الابتداء عادة فتكون معاوضة ابتداء نظرا إلى المقصود ، بخلاف الزوم في الصدقة فإنه غير مقصود للمتصدق فلا يكون الزوم قائما في الحال ، لا نظرا إلى العقد ولا إلى العاقد ومقصوده كذا في شرح تاج الشريعة (وإن أقام الخارجان البينة على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ الأقدم أولى) هذا لفظ القدوري في مختصره . قال المصنف في تعليقه (لأنه) أى لأن صاحب التاريخ الأقدم (أثبت أنه أول المالكين فلا يتلقى الملك إلا من جهته

كما إذا تأخر الشراء فهما سواء في حق ملك العين) وإذا ادعى أحدهما رهنا وقبضا والآخر هبة وقبضا وأقاماها فالرهن أولى ، وهذا استحسان . وفي القياس : الهبة أولى لأنها تثبت الملك والرهن لا يثبت (فكانت بينة الهبة أكثر إثباتا فهي أولى) وجه الاستحسان أن المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون ، وعقد الضمان أقوى من عقد التبرع ، ولا ترد الهبة بشرط العوض فلأنها أولى من الرهن لأنها بيع انتهاء والبيع أولى من الرهن ، لأن البيع عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى ، والرهن لا يثبت إلا عند الهلاك معنى لاصورة (وإن أقام الخارجان البينة على الملك المطلق والتاريخ ، فصاحب التاريخ الأقدم أولى لأنه أثبت أنه أول المالكين) وكل من هو كذلك لا يتلقى الملك إلا من جهته ، والفرض أن الآخر لم يتلق منه ، وهذا قول

في المسمى لدعى الشراء صورة ومعنى ولمدعية المهر معنى فوجد العمل بالبينتين بقدر الإمكان ، بخلاف ما إذا سويتا هما .

ولم يتلق الآخر منه . قال (ولو ادعى الشراء من واحد) معناه من غير صاحب اليد

ولم يتلق الآخر منه) أى والفرض أن الآخر لم يتلق منه هذا قول أبى حنيفة وقول أبى يوسف آخره ، وبه قال محمد أولا ، وأما على قول محمد آخره فيقضى بينهما ولا يكون للتاريخ عبرة ، وإن أرخ أحدهما ولم يورخ الآخر فى النوادر عن أبى حنيفة أنه يقضى بينهما لأنه لا عبرة للتاريخ عنده حالة الانفراد فى دعوى الملك المطلق فى أصح الروايات ، وعلى قول أبى يوسف يقضى للذى أرخ ، وعلى قول محمد يقضى للذى لم يورخ لأنه يدعى أولية الملك ، كذا فى النهاية نقلا عن الذخيرة ، وسيأتى تمام بيانه فى الكتاب إن شاء الله تعالى (قال) أى القدورى فى مختصره (ولو ادعى الشراء من واحد) قال المصنف (معناه من غير صاحب اليد) أى معنى قوله من واحد من غير صاحب اليد . قال صاحب النهاية : ليس فى تقييده بقوله معناه من غير صاحب اليد زيادة فائدة ، فإن فى هذا الحكم المترتب عليه وفى سائر الأحكام لا يتفاوت أن يكون دعواهما الشراء من صاحب اليد أو من غيره بعد أن يكون البائع واحدا لأنه ذكر فى الذخيرة : دار فى يد رجل ادعاه رجلان كل واحد منهما يدعى أنه اشتراها من صاحب اليد بكذا : فإن أرخا وتاريخهما على السواء أو لم يورخا فالدار بينهما نصفان لأنهما استويا فى الدعوى والحجة ، وإن أرخا وتاريخ أحدهما أسبق فالسابق أولى ، لأنه أثبت شراؤه فى وقت لا ينافى فيه أحد فيثبت شراؤه من ذلك الوقت ، ويتبين أن الآخر اشتراها من غير المسالك . وإن أرخ أحدهما ولم يورخ الآخر فالمورخ أولى تقريبا لنقص ما هو ثابت ، لأننا إذا جعلنا المؤرخ أولى فقد نقصنا شراء الآخر لا غير . وأما إذا قضينا للذى لا تاريخ له لنقضنا على صاحب التاريخ شراؤه وتاريخه بعد ما ثبت الأمران

أبى حنيفة وأبى يوسف آخره وقول محمد أولا . ثم قال محمد : يقضى بينهما ولا يكون للتاريخ عبرة ، وإن أرخ أحدهما دون الآخر فى النوادر عن أبى حنيفة أنه يقضى بينهما لأنه لا عبرة للتاريخ عنده حالة الانفراد فى دعوى الملك المطلق فى أصح الروايات . وعلى قول أبى يوسف يقضى لمن أرخ ، وعلى قول محمد يقضى لمن لم يورخ لأنه يدعى أولية الملك ، وسيأتى تمام بيانه إن شاء الله تعالى (ولو ادعى الشراء من واحد وأقاماها ولم يورخا أو أرخا وتاريخهما على السواء قضى به بينهما ، وإن أرخا تاريخين متفاوتين فالأول أولى لما بينا) أنه أثبت فى وقت لا ينافى له فيه فكان استحقاقه ثابتا من ذلك الوقت وأن الآخر اشتراه من غير مالك فكان باطلا . قبل لافاوت فيما ذكر فى الكتاب من الحكم بين أن يكون البائع واحدا أو اثنين ، وإنما التفاوت بينهما إذا أقيمت إحداها دون الأخرى على ماسيدكر بعيد هذا . وقوله (معناه من غير صاحب اليد) ليس فيه زيادة فائدة ، فإنه لا يتفاوت فى سائر الأحكام بين أن يكون ذلك الواحد ذا اليد أو غيره ، فإنه ذكر فى الذخيرة : دار فى يد رجل

(قال المصنف : ولو ادعى الشراء إلى قوله : فالأول أولى) أقول : قال العلامة الكاكي ثبعا لصاحب النهاية : وفى هذا الحكم لا يتفاوت أن يكون بالعمه واحدا أو اثنين لما أن صاحب التاريخ الأقدم أولى ، وإنما يتفاوت الحكم بينهما فيما إذا وقتت إحدى البيتين ولم تؤقت الأخرى على ما ذكر بعد هذا بقوله : بخلاف ما إذا كان البائع واحدا انتهى . قال العلامة النسفى فى الكافى : وإن ادعى الشراء من واحد ولم يورخا أو أرخا تاريخا واحدا فهو بينهما نصفان لاستوائهما فى الحجة ، وإن أرخا وإحداهما أسبق تاريخا يقضى لأسبقهما تاريخا اتفاقا ، بخلاف ما لو ادعى الشراء من رجلين لأنهما يشبعان الملك لبايعهما ولا تاريخ لملك البائعين فتاريخه لملكه لا يمتد به وصار كأنهما حضرا وأقاما البيتين حل الملك بلا تاريخ فيكون بينهما انتهى . وهكذا فى الكفاية وشرح الكنز للزيلعى . ثم قال فى الكفاية : الأسبق أولى زوايا واحدة فيما إذا كان البائع واحدا محفوفا إذا كان البائع اثنين اختلفت روايات الكتب فيما ذكرنا فى الكتاب ، يشير إلى أنه لا عبرة لسبق التاريخ . وفى المبسوط ما يدل على أن أسبق التاريخين أولى فى ذلك أيضا انتهى . فظهر أن ما فى النهاية ومعراج الدراية مبنى على رواية ، وما فى الكافى والكفاية وشرح الكنز على رواية أخرى ، وهو مختار صاحب الهداية أيضا على ما يشير إليه كلامه ، إلا أن فى الدليل الذى ذكره على عدم اعتبار السبق فى ذلك بحثا ، فإن بينة مدعى الأسبق تثبت لبائعه ملكا سابقا ، وإذا أثبت أحد مدعىي الملك المطلق تاريخا أقدم فهو أولى فليتأمل . فقوله لا تاريخ لملك البائعين غير ظاهر ، بل الظاهر خلافه حيث يتفهم من إثبات تأريخ ملك المدعىين إثبات تاريخ ملك البائعين (قوله قيل لا تفاوت) أقول : القائل صاحب النهاية (قوله ليس فيه زيادة فائدة) أقول : فائدة دفع توهم التكرار فى كلام القدورى ،

وأقاما البيئتين على تاريخين فالأول أولى لما بينا أنه أثبتته في وقت لا منازع له فيه (وإن أقام كل واحد منهما البيئتين على الشراء من آخر وذكرنا تاريخنا فهما سواء

بالبيئتين ، وإذا ادعى الخارجان تلقى الملك من واحد آخر بأن ادعى رجل أنه اشترى هذه الدار من فلان بكذا سمي رجلا وجاء رجل آخر وادعى أنه اشترى هذه الدار من فلان ذلك بعينه ، فإن لم يؤرخا أو أرثخا وتاريخهما على السواء يقضى بالدار بينهما ، وإن أرثخا وتاريخ أحدهما أسبق يقضى لأسبقهما تاريخا ، وإن أرثخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر فالمورخ أولى لما قلنا انتهى . وقد اقتنى أكثر الشراح أثر صاحب النهاية في مواخذة المصنف هاهنا بالوجه المذكور . وقال صاحب الكفاية : قيد بقوله معناه من غير صاحب اليد كى لا يلزم التكرار ، لأنه قال أولا : ولو ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى منه هذا العبد معناه من صاحب اليد ، ورتب عليه الأحكام وذكر من جعلها هذا الحكم المذكور هنا ، فيثبت بذلك أنه لا فرق بين أن يدعى الشراء من صاحب اليد أو من غيره في هذا الحكم انتهى . أقول : الحق ما قاله صاحب الكفاية . وتوضيحه أن الإمام القدوري لما ذكر هذا الحكم في مختصره مرتين إحداهما هاهنا والأخرى في أثناء الأحكام المتشعبة من قوله فيما مر ولو ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى منه حيث قال هناك : ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للأول منهما فهم التكرار من كلامه في الظاهر فصرف المصنف قوله الأول إلى ما إذا ادعى من صاحب اليد ، وقوله الثاني إلى ما إذا ادعى من غير صاحب اليد احترازا عن التكرار على ما يقتضيه حل المؤمن على الصلاح فلا غبار فيه أصلا . والعجب ممن طعنوا فيه أنهم قالوا بصدد شرح قول المصنف فيما مر معناه من صاحب اليد ، إنما قيد به لأن كل واحد منهما لو ادعى الشراء من غير صاحب اليد فهو لا يخلو إما أن ادعى الشراء من واحد أو اثنين ، فالحكم على التفصيل يحىء بعد هذا في الكتاب انتهى ، وذلك الكلام منهم اعتراف بأن معنى قوله هاهنا ولو ادعى الشراء من واحد ادعيه من غير صاحب اليد ، إذ لا يحمى في الكتاب مسألة إن ادعى الشراء من واحد غير قوله هذا ، وبأن فائدة التقييد هناك للاحتراز عن التكرار فكيف لم ينتبهوا لكون فائدة التقييد هاهنا أيضا للاحتراز عن التكرار (وأقاما البيئتين على تاريخين) هذا من تنمة ما سبق : أى لو ادعى الشراء من واحد غير صاحب اليد وأقاما البيئتين على تاريخين (فالأول أولى) أى فصاحب التاريخ الأول أولى (لما بينا) أى في مسألة إن ادعى الشراء من صاحب اليد (أنه أثبتته) أى أن صاحب التاريخ الأول أثبت الشراء (في وقت لا منازع له فيه) أى في ذلك الوقت فاندفع الآخر به (وإن أقام كل واحد منهما البيئتين على الشراء من آخر) كأن أقام أحدهما البيئتين على الشراء من زيد والآخر على الشراء من عمرو (وذكرنا تاريخنا فهما سواء) قال صاحب النهاية ومعراج الدراية : أى ذكرنا تاريخا واحدا ، وأما لو ذكرنا تاريخين فالسابق أولى لإثبات الملك لبائعه في وقت لا ينازعه الآخر فيه ويرجع الآخر بالثمن على بائعه لاستحقاق المبيع من يده ، كذا في المبسوط انتهى . وقد سلك صاحب العناية مسلكتهم في شرح المقام حيث قال : وذكرنا تاريخا واحدا فهما سواء انتهى . وقال صاحب الكفاية أخذنا من الكافي : أى سواء كان تاريخهما واحدا أو كان أحدهما أسبق تاريخا فهما سواء ، لأنهما يثبتان الملك لبائعهما ولا تاريخ للملك البائعين فيصير كأنهما حضرا

ادعاها رجلان كل واحد منهما يدعى أنه اشتراها من صاحب اليد بكذا ورتب عليه الأحكام (وإن أقام كل واحد منهما البيئتين على الشراء من آخر) كأن أقام أحدهما على الشراء من زيد ومثلا والآخر على الشراء من عمرو (وذكرنا تاريخا واحدا فهما سواء

(قوله ورتب عليه الأحكام) أقول : إلى هنا كلام النهاية مع تغيير يسير (قال المصنف : وإن أقام كل واحد منهما البيئتين على الشراء من آخر وذكرنا تاريخا فهما سواء) أقول : قال الزيلعي : يكون بينهما نصفيين سواء كان تاريخ أحدهما أقدم أو لم يكن انتهى . قال الإقناني : أى تاريخا واحدا ، وإن كان تاريخ أحدهما أسبق كان أولى على قول أبي حنيفة ، وهو قول أبي يوسف آخر ، وهو قول محمد في رواية أبي حفص ، وعلى قول أبي يوسف الأول يقضى بينهما انتهى . ولا يخفى التداخيل بين الكلامين ، فقليل فدفعه إن الكلام مبنى على روايتين ، فإني غاية البيان نبه على رواية ماذكره الزيلعي ، والذي يشير إليه كلام الهداية مبنى على رواية أخرى فليجدر ، وأنت خير بأن المفهوم من دليل

لأنهما يشتان الملك لبائعيهما فيصير كأنهما حضرا ثم يخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل (ولو وقتت إحدى البيتين وقتا ولم توقت الأخرى قضى بينهما نصفين) لأن توقيت إحداهما لا يدل على تقدم الملك

وأقاما البيئة على الملك بدون التاريخ كان الملك بينهما ، فكذا فيمن تلقى الملك منهما ، بخلاف ما إذا ادعى الشراء من واحد معين لأنهما اتفقا أن الملك كان له ، وإنما يختلفان في التلقا منه وأسبقهما تاريخا ، أثبت التلقا لنفسه في زمان لا ينازعه فيه صاحبه فيقضى له بذلك ، ولا يقضى للغير بعد ذلك إلا إذا ادعى التلقا منه والآخر لا يدعى التلقا منه انتهى . وقد سلك الإمام الزيلعي هذا المسلك في شرح هذا المقام من الكنز . أقول : السر في اختلاف كلمات الثقات من شراح هذا الكتاب وغيره في حل هذه المسئلة هو اختلاف الروايتين عن المجتهدين فيما إذا ادعى الشراء من اثنين وكان أحدهما أسبق تاريخا كما صرح به في معتبرات الفتاوى حيث قال في فتاوى قاضيه خان : وإن ادعى الشراء كل واحد منهما من رجل آخر أنه اشتراها من فلان وهو يملكها وأقام آخر البيئة أنه اشتراها من فلان آخر وهو يملكها فإن القاضي يقضى بينهما ، وإن وقتا فصاحب الوقت الأول أولى في ظاهر الرواية ، وعن محمد أنه لا يعتبر التاريخ ، وإن أرخ أحدهما دون الآخر يقضى بينهما اتفاقا انتهى . وقال في البدائع : أما إذا ادعى الشراء من اثنين سوى صاحب اليد مطلقا عن الوقت وأقاما البيئة على ذلك يقضى بينهما نصفين ، وإن كان وقتها واحدا فكذلك ، وإن كان أحدهما أسبق من الآخر فالأسبق تاريخا أولى عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وكذا عند محمد في رواية الأصول ، بخلاف الميراث فإنه يكون بينهما نصفين عنده . وعن محمد في الإملاء : أنه سوى بين الميراث وبين الشراء ، وقال : لا عبرة بالتاريخ في الشراء أيضا إلا أن يورخا ملك البائعين انتهى . وذكر في الذخيرة أيضا كذلك مع نوع تفصيل وكذا في غيرها . ثم أقول : الذي يظهر من تنقل تلك المعتبرات أن كون صاحب التاريخ الأسبق أولى فيما إذا ادعى الشراء من اثنين ظاهر الرواية ، وأنه قول أكثر المجتهدين وأكبرهم ، فحمل مسئلة الكتاب على ما لا ينافيه أولى كما لا يخفى . قال المصنف في تعليل المسئلة المذكورة (لأنهما يشتان الملك لبائعيهما فيصير كأنهما حضرا) أي فيصير كأن البائعين حضرا وادعى وأرخا تاريخا واحدا (ثم يتخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل) أي من أن كل واحد منهما بالخيار ، إن شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن ، وإن شاء ترك (ولو وقتت إحدى البيتين وقتا ولم توقت الأخرى قضى بينهما نصفين) يعني إذا ادعى الخارجان شراء كل واحد من رجل آخر وأقاما البيئة ووقتت إحدى البيتين دون الأخرى قضى بينهما نصفين (لأن توقيت إحداهما لا يدل على تقدم الملك) أي على تقدم ملك بائعه : يعني أن كل واحد من المدعين هاهنا خصم عن بائعه في إثبات الملك له ، وتوقيت إحداهما لا يدل على تقدم

لأنهما يشتان الملك لبائعيهما فيصير كأنهما حضرا) وادعى وأرخا تاريخا واحدا (ثم يتخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل) أن كل واحد منهما بالخيار ، إن شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن وإن شاء ترك (ولو أقتت إحداهما دون الأخرى قضى بينهما نصفين لأن توقيت إحداهما لا يدل على تقدم الملك لجواز أن يكون الآخر أقدم ، بخلاف ما إذا كان البائع واحدا لأنهما اتفقا على أن الملك لا يتلقا إلا من جهته : فإذا أثبت أحدهما تاريخا يحكم به) لأن الثابت بالبيئة كالثابت عيانا ، ولو عايناه الملك حكمنا به ، فكذا إذا أثبت بالبيئة إلا إذا تبين أنه تقدم عليه شراء غيره . ولقائل أن يقول : حاصل الفرق بين المسئلتين ما ذكر من قوله لأنهما اتفقا على أن الملك لا يتلقا إلا من جهته . وأما الباقي فمشارك بين المسئلتين ، وذلك لا مدخل له في الفرق لجواز أن يقال : من ثبت له الملك بالبيئة فهو كمن ثبت له عيانا فيحكم به ، إلا إذا تبين تقدم شراء غيره ، والجواب أن لذلك مدخلا

صاحب الهداية خلاف ذلك (قوله لأن توقيت إحداهما لا يدل على تقدم الملك) أقول : أي ملك بائعه ، فإنه يرجع إلى دعوى الملك المطلق لبائعيهما ، وتوقيت إحداهما في الملك المطلق لا يفيد الأولوية لما سبق آنفا وسيجى أيضا (قوله لأن الثابت بالبيئة كالثابت عيانا) أقول : بل الحق تسميه بقولنا لأن الشراء أمر حادث فيضاف إلى أقرب الأوقات إذا لم يبين وقته فيتأخر شراء غير المتوخى حكما ، إلا إذا تبين الخ فلا يرد حينئذ نسوالة المصدر بقوله : ولقائل أن يقول الخ فليتل (قوله لجواز أن يقال من ثبت له الملك الخ) أقول : يعني في المسئلتين

لجواز أن يكون الآخر أقدم . بخلاف ما إذا كان البائع واحداً لأنهما اتفقا على أن الملك لا يتلقى إلا من جهته ، فإذا أثبت أحدهما تاريخاً يحكم به حتى يتبين أنه تقدمه شراء غيره .

ملك بائعه (لجواز أن يكون الآخر أقدم) أى لجواز أن يكون البائع الآخر أقدم في الملك (بخلاف ما إذا كان البائع واحداً لأنهما) أى المدينين (اتفقا) في هذه الصورة (على أن الملك لا يتلقى) أى لا يؤخذ (إلا من جهته) أى من جهة البائع الواحد ، فحاجة كل واحد منهما إلى إثبات سبب الانتقال إليه وهو الشراء لا إلى إثبات الملك للبائع (فإذا أثبت أحدهما تاريخاً يحكم به حتى يتبين أنه تقدمه شراء غيره) قال صاحب العناية : لأن الثابت بالبينة كالثابت عياناً ، ولو عاينا بيده الملك حكمنا به فكذا إذا ثبت بالبينة إلا إذا تبين أنه تقدم عليه شراء غيره انتهى . أقول : فيه نظر ، لأن الكلام في توقيت إحدى البنتين لافى إثباتها اليد فلا يلزم من كون الثابت بالبينة الموقوفة كالثابت المعين باليد فلا تعلق لقوله ولو عاينا بيده الملك حكمنا به بالمقام ، وإنما اللازم من كون الثابت بالبينة كالثابت عياناً أن يكون شراء من وقتت بينته كالشراء المعين لثبوته بالبينة ، ولكن الآخر مشترك في هذا اللازم لثبوت شرائه أيضاً بالبينة . نعم بينهما فرق من حيث أن الأول يصير بمنزلة من عاينا شراؤه ووقته معلوم متعين عندنا الآن . والثاني يصير بمنزلة من عاينا شراؤه أيضاً ولكن وقته غير معلوم عندنا الآن ، بل محتمل للتقدم على الآخر والتأخر عنه ، إلا أن هذا الفرق لا يجدى نفعا ، إذ الظاهر أننا لانحكم في هذه الصورة أيضاً لصاحب الوقت المعين ما لم نعرف أنه أسبق من الآخر . فالوجه في تعليل كلام المصنف هاهنا أن يقال : لأن الشراء أمر حادث ، والحادث يضاف إلى أقرب الأوقات ما لم يتبين وقته على ماهو القاعدة المقررة عندهم ، فشراء غير الموقت يضاف إلى أقرب الأوقات وهو الحال فيتأخر عن شراء الموقت حكماً ، وقد أشير إلى هذا الوجه هاهنا إجمالاً في غاية البيان وشرح تاج الشريعة ، ومرة تفصيل نظيره فيما سبق نقلاً عن الكافي فتذكر . ثم قال صاحب العناية : ولقائل أن يقول : حاصل الفرق بين المسئلتين ما ذكر من قوله لأنهما اتفقا على أن الملك لا يتلقى إلا من جهته . وأما الباقي فمشترك بين المسئلتين ، وذلك لا مدخل له في الفرق لجواز أن يقال : من ثبت له الملك بالبينة فهو كمن ثبت له عياناً فيحكم به ، إلا إذا تبين تقدم شراء غيره . والجواب أن لذلك مدخلا في الفرق لأن البائع إذا كان واحداً كان التعاقب ضرورياً ، وقد ثبت لأحدهما بالبينة ملك في وقت وملك غيره مشكوك إن تأخر لم يضر وإن تقدم ملك فتعارضاً فيرجح بالوقت . وأما إذا كان متعدداً فكما جاز أن يبقا متعاقبين جاز أن يبقعا معاً ، وفي ذلك تعارض أيضاً فضعف قوة الوقت عن الترجيح لتضاعف التعارض انتهى . أقول : في الجواب بحث ، أما أولاً فلأن قوله لأن البائع إذا كان واحداً كان التعاقب ضرورياً ممنوع لجواز أن يوكل واحد رجلين ببيع عبده مثلاً فيبيع كل واحد منهما من رجل في وقت واحد . وعقد الوكيل كعقد الموكل فيضاف عقده إلى الموكل مجازاً كما ذكرنا فيما مر نقلاً عن الكافي وعامة الشراح لدفع السؤال بتيقن كذب إحدى البنتين . وأما ثانياً فلأن قوله فيرجح بالوقت غير تام لأن الشك في ملك غير الموقت يستلزم الشك في ملك الموقت لأن تقدم أحدهما على الآخر يستلزم تأخر الآخر عنه وكذا تأخره عن الآخر يستلزم تقدم الآخر عليه فاحتمال تقدم أحدهما على الآخر وتأخره عنه وهو سبب الشك في ملكه يستلزم احتمال تقدم الآخر عليه وتأخره عنه فيلزم الشك في ملكه أيضاً ولا شك أن الوقت من حيث هو وقت لا مدخل له في ترجيح الملك لأحدهما ، بل إنما يتصور الترجيح به لتقدمه على وقت الآخر ، فإذا

في الفرق ، لأن البائع إن كان واحداً كان التعاقب ضرورياً ، وقد ثبت لأحدهما بالبينة ملك في وقت وملك غيره مشكوك إن تأخر لم يضر ، وإن تقدم ملك فتعارضاً فيرجح بالوقت . وأما إذا كان متعدداً فكما جاز أن يبقعا متعاقبين جاز أن يبقعا معاً ، وفي ذلك

(قوله لأن البائع إذا كان واحداً كان التعاقب ضرورياً) أقول : فيه بحث ؛ لجواز أن يبيع وكيله لشخصين في زمان واحد كما أشار إليه صاحب النهاية (قوله وملك غيره مشكوك إن تأخر) أقول : أى إن تأخر الملك والمراد سببه أغنى الشراء ففيه نوع من الاستخدام (قوله وإن تقدم ملك) أقول : لكن لم يملك الموقت لأنه لم يثلف الملك من جهته (قوله فيرجح بالوقت) أقول : فيه تأمل ، فإن الملك المعين له الوقت مشكوك أيضاً لما ذكره فكيف يصلح الوقت مرجحاً (قوله جاز أن يبقعا معاً) أقول : فيه بحث ، إذ لا يتصور أن يملك الشخصان عينا واحدة في زمان

(ولو ادعى أحدهما الشراء من رجل والآخر الهبة والقبض من غيره والثالث الميراث من أبيه والرابع الصدقة والقبض من آخر قضى بينهم أرباعاً) لأنهم يتلقون الملك من باعهم فيجعل كأنهم حضروا وأقاموا البيعة على الملك المطلق . قال (وإن أقام الخارج البيعة على ملك مؤرخ وصاحب اليد بيعة على ملك أقدم تاريخاً كان أولى) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وهو رواية عن محمد . وعنه أنه لا تقبل بيعة ذي اليد رجوع إليه لأن البيعتين قامتتا على مطلق الملك ولم يتعرضا بلجهة الملك فكان التقدم والتأخر سواء .

كان هذا مشكوكاً فلا مجال للترجيح به أصلاً . وأما ثالثاً فلأن قوله فضعف قوة الوقت عن الترجيح لتضعف التعارض غير منقول ، لأن التعارض متى تضعف لا يزيد شيئاً على التساوى والتساوى ، فما يصلح للترجيح في مرتبة من التعارض ينبغي أن يصلح له في سائر المراتب منه ، ولعمري إن صاحب العناية قد تصنع في حل هذا المقام زيادة على سائر الشراح ، ولكن ما أتى بشيء يعتد به كما عرفت ، وإن فيما ذكرناه من الوجه في تعليل كلام المصنف هاهنا لمندوحة عن جميع ما ذكره فتفكر (ولو ادعى أحدهما الشراء من رجل والآخر الهبة والقبض من غيره والثالث الميراث من أبيه والرابع الصدقة والقبض من آخر) وأقاموا البيعة (قضى بينهم أرباعاً) وهذه من مسائل المبسوط ذكرها المصنف تفريفاً ، وقال في تعليلها (لأنهم يتلقون الملك من باعهم) وفي بعض النسخ من باعهم ، وكلاهما بطريق التغليب لأن البائع واحد من المملكين الأربعة فكان المراد منه من مملكيهم . وفي بعض النسخ : من ملقيهم ، استدلالاً بلفظ يتلقون كذا في النهاية ومعراج الدراية (فيجعل كأنهم) أى المملكين (حضروا وأقاموا البيعة) على الملك المطلق لأنفسهم ، وثمة يقضى بينهم أرباعاً فكذا هاهنا (قال) أى القدورى في مختصره (وإن أقام الخارج البيعة على ملك مؤرخ وصاحب اليد البيعة على ملك أقدم تاريخاً كان أولى) أى كان صاحب اليد أولى . قال المصنف (وهذا) أى هذا الحكم (عند أبي حنيفة وأبي يوسف وهو رواية عن محمد وعنه) أى عن محمد (أنه لا تقبل بيعة ذي اليد رجوع إليه) يعنى أن هذا قوله الآخر المرجوع إليه . وفي المبسوط ذكر ابن سبابة في نوادره عن محمد أنه رجوع عن هذا القول ، وهو أن بيعة ذي اليد إذا كانت أقدم تاريخاً من بيعة الخارج كانت أولى بعد انصرافه من الرقة ، وقال : لا أقبل من ذي اليد بيعة على تاريخ ولا غيره إلا للتنازع وما في معناه ، لأن التاريخ ليس بسبب لأولية الملك بخلاف التنازع ، كذا في النهاية ومعراج الدراية . قال المصنف في تعليل ذلك (لأن البيعتين قامتتا على مطلق الملك ولم يتعرضا بلجهة الملك فكان التقدم والتأخر سواء) قال بعض الفضلاء : هذا يحتاج إلى البيان . أقول : في البيان لما لم يتعرض البيعتان بلجهة الملك جاز أن تكون جهة الملك : أى سببه في حق صاحب التاريخ المؤخر أقدم في نفس الأمر فيكون صاحب التاريخ المؤخر أسبق من الآخر في الملك لتقدم سبب ملكه على سبب

تعارض أيضاً ، فضعف قوة الوقت عن الترجيح لتضعف التعارض (ولو ادعى رجل الشراء من رجل وآخر الهبة والقبض من آخر والثالث الميراث من أبيه والرابع الصدقة والقبض من آخر وأقاموا البيعة على ذلك قضى به بينهم أرباعاً ، لأنهم يتلقون الملك من باعهم فيجعل كأنهم حضروا وأقاموا البيعة على الملك المطلق) وإطلاق الباعة بطريق التغليب لأن البائع واحد من المملكين فكان المراد من مملكيهم . قال (وإن أقام الخارج البيعة على ملك مؤرخ الخ) وإن أقام الخارج البيعة على ملك مؤرخ وصاحب اليد على ملك أقدم تاريخاً فذو اليد أولى عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وهو رواية عن محمد . وعنه أنه لا تقبل بيعة ذي اليد رجوع إليه محمد . روى ابن سبابة عنه أنه رجوع عن هذا القول وهو أن بيعة ذي اليد إذا كانت أقدم تاريخاً كانت أولى من بيعة الخارج وقال : لا أقبل من ذي اليد بيعة على تاريخ وغيره إلا للتنازع ، لأن التنازع دليل على أولية الملك دون التاريخ ، لأن البيعتين قامتتا على مطلق الملك ولم يتعرضا بلجهة الملك فكان التقدم والتأخر سواء ، بخلاف ما إذا قامتتا بالتاريخ على الشراء وإحدهما أسبق من

واحد حتى يتصور وقوع البيعتين معاً ، وجوابه أنا لم ندع صحة البيعتين معاً كما إذا وقعا على التعاقب فلا يضره ما ذكرت (قوله لأن البيعتين قامتتا على مطلق الملك) أقول : تعليل لقوله وعنه أنه لا تقبل بيعة ذي اليد الخ ، وقوله عنه يعنى عن محمد رحمه الله (قوله فكان التقدم والتأخر سواء الخ) أقول : يحتاج إلى البيان .

ولهما أن البيئة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع ، فإن الملك إذا ثبت لشخص في وقت فثبوتة لغيره بعده لا يكون إلا بالتلقى من جهته وبيئة ذى اليد على الدفع مقبولة ، وعلى هذا الخلاف لو كانت الدار في أيديهما والمعنى ما بيننا ، ولو أقام الخارج وذو اليد البيئة على ملك مطلق ووقت إحداها دون الأخرى فعلى قول أبي حنيفة ومحمد الخارج أولى . وقال أبو يوسف وهو رواية عن أبي حنيفة : صاحب الوقت أولى لأنه أقدم وصار كما في دعوى الشراء إذا أرتخت إحداها كان صاحب التاريخ أولى . ولهما أن بيئة ذى اليد إنما تقبل

ملك الآخر ، بخلاف ما إذا قامت البيئتان بالتاريخ على الشراء وإحداها أسبق من الأخرى حيث كان الأسبق أولى لتعرضه لسبب ملك أحد المشتريين وهو الشراء فلم يبق احتمال أن يكون الآخر أسبق في الملك (ولهما) أى ولأبي حنيفة وأبي يوسف (أن البيئة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع ، فإن الملك إذا ثبت لشخص في وقت فثبوتة لغيره بعده لا يكون إلا بالتلقى من جهته وبيئة ذى اليد على الدفع مقبولة) فإن من ادعى على ذى اليد عينا وأنكر ذو اليد ذلك وأقام البيئة أنه اشتراه منه تندفع الخصومة ، وقد مرّ قبل هذا قبول بيئة ذى اليد في أن العين في يده ودیعة حتى يندفع عنه دعوى المدعى عند إقامة البيئة ، ولما قبلت بيئة ذى اليد على الدفع صارت هاهنا بيئة ذى اليد بذكر التاريخ الإقدم متضمنة دفع بيئة الخارج على معنى أنها لا تصح إلا بعد إثبات التلقى من قبله فتقبل لكونها للدفع كذا في النهاية والعناية) وعلى هذا الخلاف لو كانت الدار في أيديهما (أى لو كانت الدار في أيديهما كان صاحب الوقت الأول أولى في قول أبي حنيفة وأبي يوسف : وفى قول محمد : لا يعتبر الوقت وكأنيهما قامتا على مطلق الملك فتكون بينهما ، كذا في النهاية نقلا عن الإيضاح (والمعنى ما بيننا) وهو ما ذكره من الدليل في الطرفين (ولو أقام الخارج وذو اليد البيئة على ملك مطلق) أى من غير ذكر سبب (ووقت إحداها) أى إحدى البيئتين (دون الأخرى فعلى قول أبي حنيفة ومحمد الخارج أولى . وقال أبو يوسف وهو رواية عن أبي حنيفة : صاحب الوقت أولى) وإنما قيد بالتوقيت لأن الخارج وإذا اليد إذا أقاما بيئة على الملك المطلق بلا ذكر تاريخ لا تقبل بيئة ذى اليد عند علمائنا كلهم ، وإنما وقع الاختلاف بين علمائنا في دعوى الملك المطلق بين الخارج وذى اليد عند ذكر التاريخ ، كذا في النهاية ومراجع الدررية (لأنه أقدم) دليل على ما قاله أبو يوسف : أى لأن صاحب الوقت أقدم (وصار كما في دعوى الشراء) أى وصار الجواب في هذه المسئلة كالجواب في دعوى الشراء (إذا أرتخت إحداها) أى إذا أرتخت إحدى البيئتين هناك (كان صاحب التاريخ أولى) فكذا هنا ، والجواب أن الشراء معنى حادث ، فإذا لم يؤرخ حكم بوقوعه في الحال وكان المقدم أولى منه ، والملك ليس بمعنى حادث فلا يحكم بوقوعه في الحال . كذا في غاية البيان (ولهما) أى ولأبي حنيفة ومحمد (أن بيئة ذى اليد إنما تقبل

الأخرى ، فإن الأسبق أولى سواء كان البائع واحدا أو اثنين (ولهما أن البيئة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع ، فإن الملك إذا ثبت لشخص في وقت فثبوتة لغيره بعده لا يكون إلا بالتلقى من جهته وبيئة ذى اليد على الدفع مقبولة) فإن من ادعى على ذى اليد عينا وأنكر ذو اليد ذلك وأقام البيئة أنه اشتراه منه تندفع الخصومة ، وقد مرّ قبل هذا قبول بيئة ذى اليد في أن العين في يده ودیعة حتى تندفع عنه دعوى المدعى عند إقامة البيئة ، ولما قبلت بيئة ذى اليد على الدفع صارت هاهنا بيئته بذكر التاريخ الإقدم متضمنة دفع بيئة الخارج على معنى أنها لا تصح إلا بعد إثبات التلقى من قبله فتقبل لكونها للدفع (وعلى هذا الخلاف لو كانت الدار في أيديهما) كان صاحب الوقت الأول أولى في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وفى قول محمد لا معتبر بالوقت (لما بيننا) من الدليل في الجانبيين (ولو أقام الخارج وذو اليد البيئة على مطلق الملك ووقت إحداها دون الأخرى فعلى قول أبي حنيفة ومحمد الخارج أولى . وقال أبو يوسف وهو رواية عن أبي حنيفة : صاحب الوقت أولى لأنه أقدم ، وصار كما في دعوى الشراء إذا أرتخت إحداها كان صاحب التاريخ أولى) وقد مر (ولهما أن بيئة ذى اليد إنما تقبل إذا

(قوله إنما تقبل إذا

لتضمنها معنى الدفع ، ولا دفع هاهنا حيث وقع الشك في التلقى من جهته ، وعلى هذا إذا كانت الدار في أيديهما ولو كانت في يد ثالث ،

لتضمنه (أى لتضمن البيئة بتأويل الشاهد (معنى الدفع) لما مر آنفا (ولا دفع هاهنا حيث وقع الشك في التلقى من جهته) أى من جهة ذى اليد لأن بذكر تاريخ إحداها لم يحصل اليقين بأن الآخر تلقاه من جهته لاحتمال أن الأخرى لو وقتت كان أقدم تاريخا ، بخلاف ما إذا أرتخا وكان تاريخ ذى اليد أقدم كما تقدم . قال صاحب العناية : قيل الاستدلال بقوله إن بيئة ذى اليد إنما تقبل لتضمنه معنى الدفع لا يستقيم لمحمد ، لأنه لا يقول بذلك وإلا لزمه المسئلة الأولى . وأجيب بأن ذلك يجوز أن يكون على قوله الأول انتهى . واعتراض عليه بعض الفضلاء حيث قال : فيه بحث ، فإن أولوية الخارج على قوله الآخر الذى لا يعتبر فيه التاريخ نص عليه العلامة الإيتاني في غاية البيان فراجعته انتهى . أقول : هذا الاعتراض ليس بشئ ، إذ ليس مراد المجيب أن قول محمد في مسئلته هذه : أعنى أولوية الخارج فيما إذا وقتت إحداها دون الأخرى يجوز أن يكون قوله الأول حتى ينافيه نص العلامة الإيتاني على أنه قوله الآخر ، بل مراده أن قول المصنف إن بيئة ذى اليد إنما تقبل لتضمنه معنى الدفع بصدد الاستدلال على قول أبي حنيفة ومحمد في مسئلته هذه يجوز أن يكون مبنيًا على قول محمد الأول في المسئلة الأولى فلا يلزمه المسئلة الأولى على قوله الثاني هناك . وتوضيح المقام أن لمحمد في مسئلته هذه قولين : قوله الأول أنه يقضى للذى لم يوقت ، وهذا مبني على اعتبار التاريخ حالة الانفراد على خلاف ما عليه أبو حنيفة . ووجهه أن غير الموقت أسبقهما تاريخا باعتبار المعنى وهو دعوى أولية الملك . وقوله الآخر أن الخارج أولى ، وهذا مبني على أنه لا عبرة للتاريخ فكان الموقت لم يوقت فتكون بيئة الخارج أولى لكونها أكثر إثباتا على ما هو المعروف من مذهبنا وهو في قوله الآخر في هذه المسئلة مع أبي حنيفة ، كما أنه في قوله الأول في المسئلة الأولى معه وهذا كله مما يفصح عنه ما ذكر في غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الإسلام . فإذا عرفت هذا فنقول : لو أريد الاستدلال على قول محمد الثاني في هذه المسئلة مع رعاية قوله الثاني في المسئلة الأولى لم يحتج إلى ذكر المقدمة القائلة إن بيئة ذى اليد إنما تقبل لتضمنها معنى الدفع ، بل كفى أن يقال : إن بيئة ذى اليد لا تقبل عنده أصلا في غير التنازع وما في معناه لما مرله من الدليل في المسئلة الأولى ، ولكن المصنف لما قصد الجمع بين أبي حنيفة ومحمد في دليل واحد ليستغنى عن ذكر دليل آخر لمحمد استدلى على قول أبي حنيفة وقول محمد الآخر في هذه المسئلة مما يجمعهما مراعى قول أبي حنيفة وقول محمد الأول في المسئلة الأولى فاحتاج إلى ذكر تلك المقدمة ، وهذا هو المراد بالجاب الذى ذكره صاحب العناية ، فأين هذا مما فهمه ذلك المعترض عليه . وقال ذلك البعض ، ويجوز أن تكون النكبة لأبي حنيفة . ووجه محمد غير مذكور هنا ، وقوله لما من قبيل - يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان - اه . أقول : لا يخفى على ذى فطرة سليمة أن مثل هذا التوجيه في مثل هذا المقام أمر مستبعد جدا من وجوه شتى فنبصر (وعلى هذا) أى الخلاف المذكور (إذا كانت الدار في أيديهما) وأقاما البيئة على الملك المطلق فوقتت بيئة أحدهما دون بيئة الآخر : يعنى لا عبرة للتاريخ عندهما ، والدار للمورخ عند أبي يوسف (ولو كانت في يد ثالث) أى ولو كانت الدار المدعاة في يد ثالث

تضمنت معنى (الدفع لما مر) ولا دفع هاهنا (لأنه إنما يكون إذا تعين التلقى من جهته ، وهاهنا وقع الشك في ذلك لأن بذكر تاريخ إحداها لم يحصل اليقين بأن الآخر تلقاه من جهته لإمكان أن الأخرى لو وقتت كان أقدم تاريخا ، بخلاف ما إذا أرتخا وكان تاريخ ذى اليد أقدم كما تقدم (وعلى هذا إذا كانت الدار بأيديهما) فأقام أحدهما بيئة على ملك مورخ والآخر على مطلق الملك فإنه يسقط التاريخ عندهما خلافا لأبي يوسف . قيل : الاستدلال بقوله إن بيئة ذى اليد إنما تقبل لتضمنه معنى الدفع لا يستقيم لمحمد ، لأنه لم يقل بذلك وإلا لزمه المسئلة الأولى . وأجيب بأن ذلك يجوز أن يكون على قوله الأول (ولو كانت) العين (في يد ثالث

تضمنت معنى الدفع لما مر) أقول : آتفا (قوله وإلا لزمه المسئلة الأولى) أقول : ويجوز أن تكون النكبة لأبي حنيفة ووجه محمد غير مذكور هنا ، وقوله لما من قبيل - يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان - (قوله وأجيب بأن ذلك الخ) أقول : فيه بحث ، فإن أولوية الخارج على قوله الآخر الذى لا يعتبر فيه التاريخ نص عليه العلامة الإيتاني في غاية البيان فراجعته .

المسئلة بحالها فهما سواء عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف : الذى وقت أولى . وقال محمد : الذى أطلق أولى لأنه ادعى أولية الملك بدليل استحقاق الزوائد ورجوع الباعة بعضهم على البعض . ولأبى يوسف أن التاريخ يوجب الملك فى ذلك الوقت بيقين : والإطلاق يحتمل غير الأولية ، والترجيح بالتيقن ؛ كما لو ادعى الشراء . ولأبى حنيفة أن التاريخ يضامه احتمال عدم التقدم فسقط اعتباره فصار كما لو أقاما البيئة على ملك مطلق ، بخلاف الشراء لأنه أمر حادث فيضاف إلى أقرب الأوقات فيترجح جانب صاحب التاريخ . قال (وإن أقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بيئة على النتائج فصاحب اليد أولى)

(والمسئلة بحالها) أى وقتت بيئة أحد الخارجين فى الملك المطلق دون الأخرى (فهما سواء) أى فالخارجان سواء : يعنى يقضى بينهما نصفين (عند أبى حنيفة . وقال أبو يوسف : الذى وقت أولى . وقال محمد : الذى أطلق) أى لم يؤقت (أولى لأنه) أى الإطلاق (دعوى أولية الملك بدليل استحقاق الزوائد) كالأولاد والأكساب (ورجوع الباعة بعضهم على بعض) أى وبدليل رجوع الباعة بعضهم على بعض ، فإن من أقام بيئة على مطلق الملك فى جارية مثلا واستحقها وزوائد يرجع باعها بعضهم على بعض فكان مدعى مطلق الملك كان مدعى للملك من الأصل وملك الأصل أولى من التاريخ (ولأبى يوسف أن التاريخ يوجب الملك فى ذلك الوقت بيقين ، والإطلاق يحتمل غير الأولية والترجيح بالتيقن) يعنى أن العمل بالتيقن راجح على العمل بالاحتمال (كما لو ادعى الشراء) أى ادعياه من بائع واحد وأرخ أحدهما دون الآخر كان صاحب التاريخ أولى كما مر (ولأبى حنيفة أن التاريخ يضامه) أى يزاحمه (احتمال عدم التقدم فسقط اعتباره) أى اعتبار التاريخ : يعنى أنه يحتمل أن يكون تاريخ الذى أرخ سابقا على تاريخ صاحبه ، ويحتمل أن يكون متأخرا عنه ، فنزلناه مقارنا له رعاية للاحتمالين ، كذا فى شرح تاج الشريعة وغيره (فصار) أى فصار حكم هذه المسئلة (كما لو أقاما البيئة على ملك مطلق) أى بدون أن يذكر التاريخ أصلا (بخلاف الشراء) جواب عن قول أبى يوسف كما لو ادعى الشراء (لأنه) أى الشراء (أمر حادث فيضاف إلى أقرب الأوقات) وهو الحال (فيترجح جانب صاحب التاريخ) لكون شراء صاحب التاريخ حينئذ سابقا على شراء الآخر من زمان التاريخ لاحالة . أقول : الآن حصص الحق من المصنف فإنه قد كان استدلل على مسئلة الشراء فيما مر بما هو فى سمت دليل أبى يوسف ها هنا وكنت استشكلته هناك ، واخترت ما ذكره صاحب الكافي هناك ، موافقا لما ذكره المصنف فى خاتمة الكلام ها هنا فتذكر (قال) أى القدورى فى مختصره (وإن أقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بيئة على النتائج فصاحب اليد أولى) سواء أقام صاحب اليد بيئة على دعواه قبل القضاء بها للخارج أو بعده ،

والمسئلة بحالها) أى وقتت بيئة أحد الخارجين فى الملك المطلق دون الأخرى (فهما سواء) يقضى بينهما نصفين (عند أبى حنيفة . وقال أبو يوسف : الذى وقت أولى . وقال محمد : الذى أطلق أولى لأن الإطلاق دعوى أولية الملك بدليل استحقاق الزوائد) المتصلة كالسمن والمنفصلة كالأكساب فكان ملكا للأصل ، وملك الأصل أولى من التاريخ (ولأبى يوسف أن التاريخ يوجب الملك فى ذلك الوقت بيقين ، والإطلاق يحتمل غير الأولية والترجيح بالتيقن . ولأبى حنيفة أن التاريخ يضامه) أى يزاحمه (احتمال عدم التقدم) لأن الذى لم يؤرخ سابق على المؤرخ من حيث أن دعوى الملك المطلق دعوى أولية الملك حكما ولاحق من حيث أن دعوى الملك المطلق يحتمل التملك من جهة المدعى عليه بعد تاريخ المؤرخ ، وإذا كان غير المؤرخ سابقا من وجه لاحقا من وجه كان المؤرخ أيضا كذلك فاستويا فى السبق والحق فيجعل كأنهما ملكا معا وعند ذلك لا يمكن اعتبار معنى التاريخ فهو معنى قولنا إن دعوى التاريخ حالة الانفراد ساقط الاعتبار (قوله بخلاف الشراء) جواب عن قول أبى يوسف ، ومعناه أنها لما اتفقا على الشراء اتفقا على الحدوث ، ولا بد للحدوث من التاريخ فيضاف إلى أقرب الأوقات و يترجح جانب صاحب التاريخ . قال (وإن أقام الخارج وصاحب اليد الخ) وإن أقام كل واحد من الخارج وصاحب اليد (بيئة بالنتائج فذو اليد أولى) وهو

(قال المصنف وقال محمد بن الخ) أقول : هذا قوله الأول الذى يعتبر فيه السبق بالتاريخ على ما ذكره الإيتقاني فتأمل أنت ، وقال الإيتقاني : وأما على قوله الآخر يجب أن يقضى بينهما نصفين . ثم اعلم أن سبق التاريخ قد يكون من حيث النص وقد يكون من حيث المعنى ، فأبو حنيفة إنما يعتبر السبق من حيث النص ، ومحمد على قوله الأول يعتبر السبق المعنوى أيضا فليتأمل (قوله فكان ملكا للأصل) أقول : الظاهر أن

لأن البيعة قامت على مالا تدل عليه فاستويا ، وترجحت بيعة ذى اليد باليد فيقضى له

وهذا جواب الاستحسان . وأما جواب القياس فالخارج أولى ، وبه أخذ ابن أبي ليلى . ووجهه أن بيعة الخارج أكثر استحقاقا من بيعة ذى اليد لأن الخارج ببينته كما يثبت استحقاق أولية الملك بالنتاج يثبت استحقاق الملك الثابت لذى اليد بظاهر يده ، وذو اليد ببينته لا يثبت استحقاق الملك الثابت للخارج بوجه مآ ، فكانت بيعة الخارج أولى بالقبول كما في دعوى الملك المطلق ، كذا في النهاية وكثير من الشروح . ووجه الاستحسان ما أشار إليه المصنف بقوله (لأن البيعة) أى بيعة ذى اليد (قامت على مالا تدل عليه اليد) وهو أولية الملك بالنتاج كبيعة الخارج (فاستويا وترجحت بيعة ذى اليد باليد فيقضى له) أى لذى اليد سواء كان ذلك قبل القضاء بها للخارج أو بعده . أما قبله فظاهر ، وأما بعده فلأن ذا اليد لم يصير مقضيا عليه لأن بينته في نفس الأمر دافعة لبيعة الخارج لأن النتاج لا يتكرر ، فإذا ظهرت بيعة دافعة تبين أن الحكم لم يكن مستندا إلى حجة فلا يكون معتبرا ، كذا قرر في العناية واكتفى به . أقول : يرد عليه أن وجه الاستحسان بهذا التقرير لا يدفع ما ذكروا من وجه القياس ، لأن تساوى البيعتين من جهة دلالة كل وجه منهما على أولية الملك بالنتاج لا ينافي أن تكون بيعة الخارج أكثر إثباتا للاستحقاق من بيعة ذى اليد من جهة إثبات بيعة الخارج استحقاق الملك الثابت لذى اليد بظاهر يده ، وعدم إثبات بيعة ذى اليد استحقاق الملك الثابت للخارج بوجه مآ على ما صرح به في وجه القياس ، فينبغي أن تكون بيعة الخارج أولى بناء على زيادة الإثبات . وقد كان صاحب النهاية والكفاية تداركا ذلك فزاد في تقريرهما شيئا لدفعه حيث قالان : وأما قوله إن بيعة الخارج أكثر استحقاقا . قلنا : نعم كذلك ، إلا أن في بيعة ذى اليد سبق التاريخ لأنها تثبت أولية الملك على وجه لا يحتمل التملك من جهة الغير فكان أولى ألا يرى أنهما لو ادعيا ملكا مطلقا وأرتخا وذو اليد أسبقهما تاريخا يقضى لذى اليد وإن كانت في بيعة الخارج زيادة استحقاق على ذى اليد انتهى . أقول : ويرد عليه أن كون بيعة ذى اليد مثبتة لأولية الملك على وجه لا يحتمل التملك من جهة الغير إنما نشأ من إثباتها النتاج الذى لا يتكرر ، وهذا المعنى بعينه موجود في بيعة الخارج أيضا لأن كلامنا فيها إذا أقام كل واحد من الخارج وصاحب اليد بيعة على النتاج كما هو صريح مسألة الكتاب هاهنا وفيما إذا لم يذكر تاريخا ، فإن ما إذا ذكر تاريخا مسألة أخرى لها أقسام وأحكام أخر كما سيجىء في آخر هذا الباب ، فإذا لامعنى لسبق التاريخ في بيعة ذى اليد في مسئلتنا هذه فلا تمشية للتوجيه الذى ذكرناه هاهنا . وإعلم أن وجه الاستحسان الذى لا يحوم حوله شائبة إشكال هاهنا ماروى أبو حنيفة عن الهيثم عن رجل عن جابر بن عبد الله رضى الله تعالى عنه « أن رجلا ادعى ناقة في يدى رجل وأقام البيعة أنها ناقته نتجها وأقام ذو اليد

استحسان . وفي القياس الخارج أولى ، وبه أخذ ابن أبي ليلى لأن بيعة الخارج أكثر استحقاقا من بيعة ذى اليد لأن الخارج يثبت بها أولية الملك بالنتاج ، واستحقاق الملك الثابت لذى اليد بظاهر يده ، وذو اليد لا يثبت بها استحقاق الملك الثابت للخارج بوجه مآ . ووجه الاستحسان أن بيعة ذى اليد قامت على مالا تدل عليه اليد وهو الأولية بالنتاج كبيعة الخارج (فاستويا وترجحت بيعة ذى اليد باليد فيقضى له) سواء كان ذلك قبل القضاء بها للخارج أو بعده ، وأما بعده فلأن ذا اليد لم يصير مقضيا عليه لأن بينته في نفس الأمر دافعة لبيعة الخارج لأن النتاج لا يتكرر ، فإذا ظهرت بيعة دافعة تبين أن الحكم لم يكن مستندا إلى حجة فلا يكون معتبرا . وإعلم أن بيعة ذى اليد إنما ترجح على بيعة الخارج إذا لم يدع الخارج على ذى اليد فعلا نحو الغصب أو الوديعة أو الإجارة أو الرهن ، وأما إذا ادعى ذلك فبيعة الخارج أولى لأن ذا اليد يثبت ببينته ما هو ثابت بظاهر يده

يقال فكان ملكا من الأصل (قوله لا يثبت بها استحقاق الملك الثابت للخارج بوجه مآ الخ) أقول : فلا يكون قوله أكثر استحقاقا بمعنى التفصيل . ثم أعلم أن قوله بوجه ما متعلق بقوله الثابت (قوله وجه الاستحسان الخ) أقول : فيه بحث ، إذ لا يظهر فيما ذكره من وجه الاستحسان ما يصلح أن يكون جوابا عن وجه القياس . فليأمل (قوله لأن بينته في نفس الأمر دافعة الخ) أقول : فإن قيل : ما الفرق بينه وبين ما إذا لم يكن لذى اليد بيعة على إيداع الغالب عنده حتى قضى القاضى به للمضى ثم وجد ذو اليد بيعة على الإيداع لا تسمع والقضاء للمضى ماض والدليل الذى ذكره جار فيه . قلنا : ما لم يكن ينبى أن يصان القضاء عن البطالين وتحفظ الحقوق عن التوى ، وفي مسألة الإيداع ذلك

وهذا هو الصحيح خلافا لما يقوله عيسى بن أبان إنه تهاثر البيئتان ويترك في يده لأعلى طريق القضاء ،

البيئة أنها ناقته نتجها ، فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بها للذى هي في يده ، ثم اعلم أنه ذكر في الشروح أخذنا من الذخيرة أن بيئة ذى اليد على النتائج إنما ترجع على بيئة الخارج إذا لم يدع الخارج على ذى اليد فعلا نحو الغصب أو الوديعة أو الإجارة أو الرهن أو ما أشبه ذلك . وأما إذا ادعى ذلك فبيئة الخارج أولى لأن ذى اليد بيئته تثبت ماهو ثابت بظاهر يده من وجه والخارج بيئته تثبت الفعل وهو غير ثابت أصلا فكانت بيئة الخارج أكثر إثباتا فهي أولى انتهى . ولكن قال عماد الدين في فصوله بعد نقل ما في الشروح عن دعوى الذخيرة : وذكر الفقيه أبو الليث في باب دعوى النتائج من المبسوط ما يخالف المذكور في الذخيرة فقال : دابة في يد رجل أقام آخر بيئة أنها دابته آجرها من ذى اليد أو أعارها منه أو رهنها إياه وصاحب اليد أقام بيئة أنها دابته نتجت عنده فإنه يقضى بها لصاحب اليد لأنه يدعى ملك النتائج والآخري يدعى الإجارة أو الإجارة أو الرهن والنتائج أسبق من الإجارة والإجارة والرهن فيقضى لذى اليد ، وهذا خلاف ما ذكر في الذخيرة انتهى (وهذا) أى ما ذكر من القضاء لذى اليد (هو الصحيح) وإليه ذهب عامة المشايخ (خلافا لما يقوله عيسى بن أبان إنه تهاثر البيئتان ويترك في يده) أى يترك المتنازع فيه في يد ذى اليد (لا على طريق القضاء) أى لأعلى طريق قضاء الاستحقاق بل على طريق قضاء الترك . وجه قوله إن القاضي يتيقن بكذب أحد الفريقين إذ لا يتصور نتائج دابة من دابتين ، وفي مثل هذا تهاثر البيئتان كما في مسألة كوفة ومكة على مامر في أول هذا الباب . وجه صحة ما ذهب إليه العامة أن محمدا رحمه الله ذكر في الخارجين : أقاما البيئة على النتائج أنه يقضى به بينهما نصفين ولو كان الطريق ما قاله لكان يترك في يد ذى اليد ، وكذلك قال : لو كانت الشاة المذبوحة في يد أحدهما وسواقطها في يد الآخر وأقام كل واحد منهما البيئة على النتائج فيها يقضى بها وبالسواقط لمن في يده أصل الشاة ، ولو كان الطريق تهاثر البيئتين . لكان يترك في يد كل واحد منهما ما في يده . والجواب عن قوله إن القاضي يتيقن بكذب أحد الفريقين ما ذكرنا في شهادة الفريقين على المملكين بأن كل واحد منهما اعتمد سببا ظاهرا مطلقا لأداء الشهادة ، وهذا لأن الشهادة على النتائج لا يلزم فيها معاناة الانفصال من الأم ، بل يكفي رؤية الفصل يتبع الناقة فكل من الفريقين في شهادته على النتائج يجوز أن يعتمد سببا ظاهرا لأداء الشهادة فيجب العمل بها ولا يصار إلى التهاثر بمنزلة شهادة الفريقين على المملكين حيث لا تهاثر البيئتان مع أن العين الواحد لا يتصور أن يكون مملوكا لشخصين في زمان واحد لكل واحد منهما بكاله ، ولكن لما وجد القاضي لشهادة كل واحد من الفريقين محملا يطلق له أداء الشهادة بأن عاين أحد الفريقين أحد الخصمين بياشر سبب الملك وعاین الفريق الآخر الخصم الآخر يتصرف فيه تصرف الملاك قبل شهادة الفريقين ، كذا هاهنا . وعن هذا خرج الجواب عن مسألة مكة وكوفة لأن القاضي لم يجد لشهادة الفريقين هناك محملا يطلق لكل واحد منهما أداء الشهادة لأن المطلق للشهادة بالطلاق والعناق معاناة الشهود إيقاع الطلاق والعناق ، ولا يتصور سماع الفريقين إيقاع الطلاق والعناق في يوم واحد من شخص واحد بمكة وكوفة ، لأن الشخص الواحد في يوم واحد لا يكون في مثل ذينك المكانين عادة فتهاثرت البيئتان هناك لذلك ، أما هاهنا فبخلافه . ثم إن ثمرة الخلاف إنما تظهر في حق

من وجه وهو أصل الملك والخارج يثبت الفعل وهو غير ثابت أصلا فكانت أكثر إثباتا فهي أولى (قوله وهذا) أى ما ذكرنا من القضاء لذى اليد (هو الصحيح) وإليه ذهب عامة المشايخ (خلافا لما يقوله عيسى بن أبان إنه تهاثر البيئتان ويترك في يد ذى اليد لأعلى طريق القضاء) لأن القاضي يتيقن بكذب أحد الفريقين لأن نتائج دابة من دابتين غير متصور كمشكلة كوفة ومكة . وجه صحة ذلك أن محمدا ذكر في خارجين أقاما البيئة على النتائج أنه يقضى به بينهما نصفين ولو كان الطريق ما قاله لكان يترك في يد ذى اليد . والجواب عن قوله القاضي يتيقن بكذب أحد الفريقين ما ذكرنا في شهادة الفريقين على المملكين ، لأن كل واحد منهما اعتمد سببا ظاهرا مطلقا لأداء الشهادة بناء على أن الشهادة على النتائج ليست بمعاناة للانفصال من الأم بل برؤية الفصل يتبع الناقة والفائدة تظهر

فإن الغائب إذا جاء وأقام البيئة يحكم له بخلاف مانح فيه (قوله كمشكلة كوفة الخ) أقول : معنى في الشهادة (قوله ليست بمعاناة للانفصال) أقول : ينبغي لا يلزم فيها معاناة للانفصال ،

ولو تلقى كل واحد منهما الملك من رجل وأقام البيعة على النتائج عنده فهو بمنزلة إقامتها على النتائج في يد نفسه (ولو أقام أحدهما البيعة على الملك والآخر على النتائج فصاحب النتائج أولى أيهما كان) لأن بينته قامت على أولية الملك فلا يثبت للآخر إلا بالتلقى من جهته ، وكذلك إذا كانت الدعوى بين خارجين فبيعة النتائج أولى لما ذكرنا (ولو قضى بالنتائج لصاحب اليد ثم أقام ثالث البيعة على النتائج يقضى له إلا أن يعيدها ذو اليد) لأن الثالث لم يصير مقضيا عليه بتلك القضية ،

تحليف ذي اليد وعدمه ، فعند عيسى بن أبان يحلف ذو اليد للخارج لأن البيتين لما تهاوتتا صار كأن البيتين لم تقوما بالشهادة أصلا فيقضى لذى اليد قضاء ترك بعد ما حلف للخارج ، وعند العامة لا يحلف ، كذا في المبسوط والذخيرة (ولو تلقى كل واحد منهما) أى ولو أخذ كل واحد من الخارج وذو اليد (الملك من رجل) على حدة فكان هناك مملكان (وأقام البيعة على النتائج عنده) أى وأقام كل واحد منهما البيعة على النتائج عند من تلقى الملك منه (فهو بمنزلة إقامتها على النتائج في يد نفسه) فيقضى به لذى اليد لأن كل واحد منهما خصم عن يتلقى الملك منه ، فكان المملكين قد حضرا وأقاما على ذلك بيعة فإنه يقضى ثمة لصاحب اليد كذلك هاهنا (ولو أقام أحدهما البيعة على الملك والآخر على النتائج فصاحب النتائج أولى أيهما كان) أى خارجا كان صاحب النتائج أو ذا اليد (لأن بينته) أى لأن بيعة صاحب اليد قامت على أولية الملك فلا يثبت (أى فلا يثبت الملك للآخر إلا بالتلقى من جهته) أى من جهة صاحب النتائج ، والفرض أن الآخر لم يتلق منه (وكذا إذا كانت الدعوى بين خارجين) بأن ادعى أحدهما الملك والآخر النتائج (فبيعة النتائج أولى لما ذكرنا) من أن بينته تدل على أولية الملك فلا يثبت للآخر إلا بالتلقى من جهته (ولو قضى بالنتائج لصاحب اليد ثم أقام ثالث البيعة على النتائج يقضى له) أى للثالث (إلا أن يعيدها) أى البيعة (ذو اليد) فحينئذ يقضى له (لأن الثالث لم يصير مقضيا عليه بتلك القضية) لأن المقضى به الملك وثبوت الملك بالبيعة في حق شخص لا يقضى بثبوته في حق آخر. فإن أعاد ذو اليد بينته قضى له بها تقديم بيعة ذي اليد على بيعة الخارج في النتائج وإن لم يعد قضى بها للثالث. قال في البدائع: فرق بين الملك وبين العتق أن القضاء بالعتق على شخص واحد يكون قضاء على الناس كافة ، والقضاء بالملك على شخص واحد لا يكون قضاء على غيره ، وإن كانت بيعة النتائج توجب الملك بصفة الأولوية وأنه لا يحتمل التكرار كالعتق. وجه الفرق أن العتق حق الله تعالى ؛ ألا يرى أن العبد لا يقدر على إبطاله حتى لا يجوز استرقاق الحر برضاه ، ولو كان حق العبد لقدر على إبطاله ، وإذا كان حق الله تعالى فالناس في إثبات حق الله تعالى خصوم عنه بطريق النيابة لكونهم عبيده ، فكان حضرة الواحد كحضرة الكل والقضاء على الواحد قضاء على الكل لاستوائهم في العبودية بمنزلة الورثة لما قاموا مقام الميت في إثبات حقوقه والدفع عنه لكونهم خلفاءه قام الواحد منهم مقام الكل لاستوائهم في الخلافة ، بخلاف الملك فإنه خالص حق العبد فال حاضر فيه لا ينتصب خصما عن الغائب إلا بالإثابة حقيقة أو ثبوت النيابة شرعا أو اتصال بين الحاضر والغائب فيما وقع فيه الدعوى على ما عرف ولم يوجد شيء من ذلك فالقضاء على غيره يكون قضاء على الغائب من غير أن يكون

في التحليف ؛ فعند العامة لا يحلف ذو اليد للخارج ، وعنده يستحلف (ولو تلقى كل واحد) من الخارج وذو اليد (الملك من رجل) فكان هناك بائعان (وأقام البيعة على النتائج عند من تلقى منه فهو بمنزلة إقامتها على النتائج في يد نفسه) فيقضى به لذى اليد كأن البائعين قد حضرا وأقاما على ذلك بيعة فإنه يقضى ثمة لصاحب اليد كذلك هاهنا (ولو أقام أحدهما البيعة على الملك والآخر على النتائج فصاحب النتائج أولى) خارجا كان أو ذا يد (لأن بينته قامت على أولية الملك فلا يثبت للآخر إلا بالتلقى من جهته ، وكذا إذا كانت الدعوى بين خارجين فبيعة النتائج أولى لما ذكرنا) أنها تدل على أولية الملك فلا يثبت التلقى للآخر إلا من جهته (ولو قضى بالنتائج لذى اليد ثم أقام الثالث البيعة على النتائج يقضى له إلا أن يعيدها ذو اليد لأن الثالث لم يصير مقضيا عليه بتلك القضية) لأن المقضى به الملك وثبوت الملك بالبيعة في حق شخص لا يقضى بثبوته في حق آخر ، فإن أعاد ذو اليد بينته قضى له

وكذا المقضى عليه بالملك المطلق إذا أقام البيئة على النتائج تقبل وينقض القضاء لأنه بمنزلة النص . قال (وكذلك النسيج في الثياب التي لا تنسج إلا مرة) كغزل القطن

عنه خصم حاضر ، وهذا لا يجوز انتهى (وكذا المقضى عليه بالملك المطلق إن أقام البيئة على النتائج تقبل أى تقبل بيئته (وينقض القضاء) أى وينقض القضاء الأول . صورته ما إذا أقام الخارج البيئة على ذى اليد في دابة معينة بالملك المطلق فقضى القاضى بها له ثم أقام ذو اليد البيئة على النتائج يقضى بها له وينقض القضاء الأول ، كذا في النهاية والكفاية (لأنه بمنزلة النص) أى لأن إقامة البيئة على النتائج بمنزلة النص في الدلالة على الأولوية قطعاً ، فكان القضاء الواقع على خلافه كالقضاء الواقع على خلاف النص ، والقضاء ينقض هناك ، كذا هنا ، وهذا استحسان . وفي القياس : لا تقبل بيئته لأنه صار مقضياً عليه بالملك فلا تقبل ، إلا أن يدعى تلقى الملك من جهة المقضى له . وجوابه أنه لم يصرم مقضياً عليه ، لأن بإقامة البيئة على النتائج تبين أن الدافع لبيئة المدعى كان موجوداً والقضاء كان خطأ فأنى يكون مقضياً عليه ، كذا في العناية وغيرها . أقول : فيه شيء ، وهو أن في ظاهر هذا الجواب خروجاً عن المسئلة التي نحن بصدددها ، فإن عبارة المسئلة هكذا : وكذا المقضى عليه بالملك المطلق إذا أقام البيئة على النتائج تقبل وينقض القضاء ، وقد صرح فيها بكونه مقضياً عليه وينقض القضاء . فإنكار كونه مقضياً عليه ينافية ظاهراً ، فالأولى في الجواب أن يقال : إن كونه مقضياً عليه لا يضر بقبول بيئته ، لأن بإقامة البيئة على النتائج تبين أن الدافع لبيئة المدعى كان موجوداً في نفس الأمر ولكن لم يكن ظاهراً عند القاضي . فإذا ظهر تبين خطأ القضاء الأول فلم يكن معتبراً فينقض كالقضاء بالظاهر في خلافه نص . قال الشراح : فإن قيل القضاء بيئته الخارج مع بيئة ذى اليد على النتائج مجتهد فيه ، فإن ابن أبي ليلى يرجح بيئة الخارج فينبغي أن لا ينقض قضاء القاضي لمصادفته موضع الاجتهاد . قلنا : إنما يكون قضاؤه عن اجتهاد إذا كانت بيئة ذى اليد قائمة عنده وقت القضاء فیرجح باجتهاده بيئة الخارج عليها ، وهذه البيئة ما كانت قائمة عنده حال القضاء فلم يكن قضاؤه عن اجتهاد بل كان لعدم ما يدفع البيئة من ذى اليد ، فإذا أقام ما يدفع به انتقض القضاء الأول انتهى . أقول : لا يتوجه السؤال رأساً لأن كلامنا في أن المقضى عليه بالملك المطلق إذا أقام البيئة على النتائج تقبل وينقض القضاء ، وترجيح ابن أبي ليلى بيئة الخارج فيما إذا ادعى كل واحد من الخارج وذو اليد النتائج على ما بين فيما قبل وذلك غير ما نحن فيه . وأما ترجيحه بيئة الخارج فيما إذا ادعى الملك المطلق وذو اليد النتائج كما فيما نحن فيه فغير ثابت . وقد تبعت الكتب ولم أظفر بالتصريح بذلك من أحد قط ، وما ذكروا فيما مر من وجه جواب القياس الذي أخذ به ابن أبي ليلى لا يساعد ذلك جداً كما لا يخفى على المتأمل (قال) أى القدورى في مختصره (وكذلك النسيج) أى النسيج كالنتاج في أنه لا يتكرر ، وكل حكم عرفته في النتائج فهو في النسيج كذلك . وصورة المسئلة : إذا ادعى رجل ثوباً في يد رجل أنه ملكه بأنه نسجه في ملكه وأقام على ذلك بيئة وأقام صاحب اليد بيئة على مثل ذلك قضى بالثوب لصاحب اليد ، كذا في النهاية (في الثياب التي لا تنسج إلا مرة واحدة كغزل القطن) هذا احتراز عن الثياب التي تنسج مرة بعد أخرى كالخز . وفي المبسوط : النسيج في الثوب موجب لأولية الملك فيه وهو

بها تقديماً لبيئة ذى اليد على بيئة الخارج في النتائج ، وإن لم يعد قضى بها للثالث (وكذا المقضى عليه بالملك المطلق إذا أقام البيئة على النتائج تقبل وينقض القضاء لأنه بمنزلة النص) في دلالة على الأولوية قطعاً فكان القضاء واقعاً على خلافه كالقضاء الواقع عن خلاف النص ، وهذا استحسان ، وفي القياس لا تقبل بيئته لصيرورته مقضياً عليه بالملك . وجوابه أنه لم يصرم مقضياً عليه لأن بإقامة البيئة على النتائج تبين أن الدافع لبيئة المدعى كان موجوداً والقضاء كان خطأ فأنى يكون مقضياً عليه . فإن قيل : القضاء بيئته الخارج مع بيئة ذى اليد على النتائج مجتهد فيه ، فإن ابن أبي ليلى يرجح بيئة الخارج فينبغي أن لا ينقض قضاء القاضي لمصادفته موضع الاجتهاد . أجيب بأن قضاؤه إنما يكون عن اجتهاد إذا كانت بيئة ذى اليد قائمة عنده وقت القضاء فیرجح باجتهاده بيئة الخارج عليها ، وهذه البيئة ما كانت قائمة عنده حال القضاء فلم يكن عن اجتهاد بل كان لعدم ما يدفع البيئة من ذى اليد ، فإذا أقام ما يدفع به انتقض القضاء الأول . قال (وكذلك النسيج في الثياب التي لا تنسج إلا مرة الخ)

(وكذلك كل سبب في الملك لا يتكرر) لأنه في معنى التناج كحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد والمرعزى وجزء الصوف ، وإن كان يتكرر قضى به للخارج بمنزلة الملك المطلق

مما لا يتكرر كالتناج في الدابة ، إلا أن يكون الثوب بحيث ينسج مرة بعد أخرى كالخز ينسج ثم ينكت فيغزل وينسج ثانيا فحينئذ يقضى للخارج (وكذلك كل سبب في الملك لا يتكرر لأنه في معنى التناج) قد تقدم أن القياس في دعوى التناج ما ذهب إليه ابن أبي ليلى من أن بينة الخارج أولى ، وأن ما ذهبنا إليه من كون بينة ذى اليد أولى استحسان تركنا القياس فيه بالسنة ، وهى حديث جابر رضى الله عنه كما روينا من قبل فلا يلحق بالتناج إلا ما كان في معناه من كل وجه ، وكل ما لا يتكرر من أسباب الملك فهو في معناه من كل وجه فيلحق به بدلالة النص (كحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد أى واتخاذ اللبد (والمرعزى) أى وجزء المرعزى إذا شددت الزاى قصرت وإذا خففت مددت ، والميم والعين مكسورتان. وقد يقال : مرعزاه بفتح الميم مخففا ممدودا وهى كالصوف تحت شعر العنز ، كذا في المغرب (وجزء الصوف) فإذا ادعى كل واحد من الخارج وذى اليد لبنا أنه ملكه حلبه من شاته ، أو ادعى جبنا أنه ملكه صنعه في ملكه ، أو ادعى لبدا أنه ملكه صنعه في ملكه ، أو ادعى مرعزى أنها ملكه جزأها من عزه ، أو ادعى صوفا أنه ملكه جزه من غنمه وأقاما على ذلك بينة فإنه يقضى بذلك لذى اليد في هذه الصور كلها ، لأن أسباب الملك فيها لا تكون إلا مرة واحدة فكانت في معنى التناج من كل وجه فألحقت به (وإن كان يتكرر) أى وإن كان سبب الملك يتكرر (قضى به الخارج بمنزلة الملك المطلق) قال صاحب النهاية : والمعنى فيه أن الثوب الذى ينسج مرة بعد مرة يجوز أن يصير لذى اليد بالنسج ثم يقصبه الخارج وينقصه وينسجه مرة أخرى فيصير ملكا له بهذا السبب بعد ما كان ملكا لذى اليد فكان بمعنى دعوى الملك المطلق من هذا الوجه ، بخلاف الفصل الأول فإن الثوب الذى لا ينسج إلا مرة إذا صار لذى اليد بنسجه لا يتصور أن يصير للخارج بنسجه فكان في معنى دعوى التناج انتهى . وقال بعض الفضلاء : فيه بحث . أما أولا فلأن السبب يزداد لحكمه كما سيجىء بعد أسطر . وأما ثانيا فلأنه يلزم نقض اليد الثابتة بالشك انتهى . أقول : كلا بحجة سابقة جدا . أما الأول فلأنه لا يقضى هاهنا بالبينتين بناء على اعتبار السببين حتى يقال : إن السبب يراد لحكمه وهو الملك ولم يثبت الملك بالنسبة إلى ذى اليد حيث كان المدعى للخارج ، بل إنما يقضى هاهنا ببنية الخارج فقط بناء على كونها أكثر

قد تقدم أن القياس ما ذهب إليه ابن أبي ليلى أن بينة الخارج أولى في التناج من بينة ذى اليد ، وما ذهبنا إليه استحسان تركه به القياس بما روى جابر رضى الله عنه « أن رجلا ادعى ناقة في يد رجل وأقام البينة أنها ناقته نتجها وأقام ذواليد البينة أنها ناقته نتجها ، فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بها للذى هى في يده » فلا يلحق بالتناج إلا ما كان في معناه من كل وجه ، فما لا يتكرر من أسباب الملك إذا دعاه به كان كدعوى التناج ، كما إذا ادعت غزل قطن أنه ملكها غزلته بيدها ، وكما إذا ادعى رجل ثوبا أنه ملكه نسجه وهو بما لا يتكرر نسجه ، أو ادعى لبنا أنه ملكه حلبه من شاته ، أو ادعى جبنا أنه ملكه صنعه في ملكه ، أو لبدا بأنه صنعه ، أو مرعزى وهى كالصوف تحت شعر العنز ، أو صوفا يحجز وزا بأنه ملكه جزه من شاته وأقام على ذلك بينة فادعى ذو اليد مثل ذلك وأقام عليه بينة ، فإنه يقضى بذلك لذى اليد لأنه في معنى التناج من كل وجه فيلحق به بدلالة النص ، وما تكرر من ذلك قضى به للخارج ؛ فالخز وهو اسم دابة ثم سمي الثوب المتخذ من وبره خزاً ، قيل هو ينسج فإذا بلى يغزل مرة أخرى وينسج^١ ، فإذا ادعى ثوبا أنه ملكه من خز ، أو ادعى داراً أنها ملكه بناها بماله ، أو ادعى غرساً أنه ملكه غرسه ، أو ادعى حنطة أنها ملكه زرعها أو حبا آخر من الحبوب وأقام على ذلك بينة وادعى ذو اليد مثل ذلك وأقام عليه بينة قضى به

(قال المصنف : وإن كان يتكرر الخ) أقول : فيه أن الشراء سبب يتكرر مع أن بينة ذى اليد أولى فلا بد من الفرق (قال المصنف : بمنزلة الملك المطلق) أقول : قال في النهاية : والمعنى فيه أن الثوب الذى ينسج مرة بعد مرة يجوز أن يصير لذى اليد بالنسج ثم يقصبه الخارج وينقصه وينسجه مرة أخرى فيصير ملكا لهذا السبب بعد ما كان ملكا لذى اليد فكان بمعنى دعوى الملك المطلق من هذا الوجه انتهى . وفيه بحث ، أما أولا فلأن السبب يراد لحكمه كما سيجىء بعد أسطر ، وأما ثانيا فلأنه يلزم نقض اليد الثابتة بالشك .

وهو مثل الخبز والبناء والغرس وزراعة الحنطة والحبوب ، فإن أشكل يرجع إلى أهل الخبرة لأنهم أعرف به ، فإن أشكل عليهم قضى به للخارج لأن القضاء بينته هو الأصل والعدول عنه بخبر التناج ،

إثباتا كما في الملك المطلق فلم يعتبر إلا سبب واحد هو الخارج ، بخلاف ماسيجىء بعد أسطر حيث يقضى هناك على قول محمد بالبينتين على اعتبار السببين ويكون المدعى للخارج ؛ فينتجه عليه من قبل الإمامين أن يقال : إن السبب يراد لحكمه وهو الملك ، وحيث لم يثبت الملك لذى اليد لم يكن السبب مفيدا لحكمه بالنسبة إليه فلم يعتبر ، وسيوضح لك الأمر هناك إن شاء الله تعالى . وأما الثاني فلأن ما ذكره صاحب النهاية من المعنى ليس علة للقضاء للخارج فيما يتكرر من الأسباب حتى يقال كيف تنقض اليد الثابتة بالمحتمل المشكوك : بل هو مجرد بيان كون دعوى الملك بسبب يتكرر في معنى دعوى الملك المطلق دون معنى دعوى التناج حيث لا يدل السبب الذى يتكرر على أولية الملك كالتناج ، بل يحتمل أن يثبت به الملك أولا وثانيا كالمملك المطلق ، وإنما علة القضاء للخارج بعد تقرير ذلك المعنى كون بينة الخارج أكثر إثباتا من بينة ذى اليد كما تحقق في مسألة دعوى الملك المطلق ولا حاجة إلى بيانه هاهنا ، ومفاسد قلة التأمل مما يضيق عن الإحاطة به نطاق البيان . واستشكل ذلك البعض قول المصنف وإن كان يتكرر قضى به للخارج حيث قال فيه : إن الشراء سبب يتكرر مع أن بينة ذى اليد أولى فلا بد من الفرق . أقول : إذا ادعى الخارج الشراء من رجل وادعاه ذو اليد من رجل آخر فالحكم فيه كحكم ما إذا ادعى الملك المطلق فلا تفاوت بينهما على ما صرح به في عامة المعبرات . وذكره الشارح الإفتاى فيما مر نقلا عن مبسوط شيخ الإسلام فلا اشتباه هناك . وأما إذا ادعى الشراء من واحد فبينه ذى اليد أولى كما مر في الكتاب . فوجه الفرق بينه وبين ما نحن فيه هو أن كلا من الخارج وذى اليد هناك أثبت بينته الاستحقاق على ثالث حيث ادعى تلى الملك من جهته كما صرحوا به ، فكان ما ادعياه سبب الاستحقاق على الغير لا سبب الملك وحده فلم يكن في معنى الملك المطلق ، بخلاف ما نحن فيه ، ولعل في كلام المصنف إيما إلى ذلك حيث قال : وكذلك كل سبب في الملك لا يتكرر ، ثم قال : وإن كان يتكرر قضى به للخارج فاعبر باختلاف حكمى ما يتكرر وما لا يتكرر في سبب الملك احترازا عن سبب الاستحقاق (وهو) أى السبب المتكرر في الملك (مثل الخبز) أى مثل نسج الخبز : وهو اسم دابة ثم سمي الثوب المتخذ من وبره خزا ، كذا في المغرب . قيل : هو ينسج فلذا يلى ينزل مرة أخرى وينسج (والبناء والغرس وزراعة الحنطة والحبوب) أى وزراعة الحنطة وسائر الحبوب ، فإذا ادعى كل واحد من الخارج وذى اليد ثوبا أنه ملكه نسجه من خزه : أو ادعى دارا أنها ملكه بناها بماله أو ادعى غرسا أنه ملكه غرسه . أو ادعى حنطة أنها ملكه زرعها أو حبا آخر من الحبوب كذلك وأما على ذلك بينة قضى بذلك للخارج في هذه الصور كلها لأن أسباب الملك فيها ليست في معنى التناج لتكررها أما الخبز فلما نقلناه ، وأما البناء فلأنه يكون مرة بعد أخرى ، وأما الغرس فكذلك ، وأما الحنطة والحبوب فلأنها تزرع ثم يغربل التراب فتتميز الحنطة والحبوب ثم تزرع ثانية ، فإذا لم تكن في معناه لم تلحق به بل صارت بمنزلة الملك المطلق (فإن أشكل) أى فإن أشكل شيء لا يتيقن بالتكرار وعدمه فيه (يرجع إلى أهل الخبرة) أى يسأل القاضي أهل العلم عن ذلك : يعنى العدول منهم ويبنى الحكم على قولهم (لأنهم أعرف به) قال الله تعالى : فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون - الواحد منهم يكتفى والاثنتان أحوط ، كذا في النهاية نقلا عن المبسوط والذخيرة (فإن أشكل عليهم) أى فإن أشكل ذلك على أهل الخبرة أيضا (قضى به) أى بالمشكل (للخارج لأن القضاء بينته) أى بينة الخارج (هو الأصل) لأنه القياس (والعدول عنه بخبر التناج) أى والعدول عن الأصل كان بخبر التناج : أى بحديث التناج ، وهو حديث جابر رضى الله عنه كما روينا من قبل في وجه الاستحسان

للخارج لأنها ليست في معنى التناج لتكررها ، أما الخبز فلما نقلناه . وأما في الباقية فإن البناء يكون مرة بعد أخرى ، وكذلك الغرس والحنطة والحبوب تزرع ثم يغربل التراب فتتميز الحبوب ثم تزرع ثانية ، وإذا لم يكن في معناه لا يلحق به (فإن أشكل) شيء لا يتيقن بالتكرار وعدمه فيه (يرجع إلى) العدول من (أهل الخبرة) ويبنى الحكم عليه . قال الله تعالى : فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون - (فإن أشكل) على أهل الخبرة قضى به للخارج لأن القضاء بينته هو الأصل والعدول كان بخبر التناج

فلماذا لم يعلم يرجع إلى الأصل . قال (وإن أقام الخارج البيعة على الملك المطلق وصاحب اليد البيعة على الشراء منه كان صاحب اليد أولى) لأن الأول إن كان يدعى أولية الملك فهذا تلقى منه ، وفي هذا لاتناقى فصار كما إذا أقر بالملك له ثم ادعى الشراء منه . قال (وإن أقام كل واحد منهما البيعة على الشراء من الآخر ولا تاريخ معهما تهاترت البيعتان وترك الدار في يد ذى اليد) قال : وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وعلى قول محمد يقضى بالبيعتين ويكون للخارج لأن العمل بهما ممكن فيجعل كأنه اشترى ذو اليد من الآخر وقبض ثم باع الدار لأن القبض دلالة السبق على مامر ،

(فلماذا لم يعلم يرجع إلى الأصل) الذى هو القياس (قال) أى القدورى في مختصره (وإن أقام الخارج البيعة على الملك المطلق وصاحب اليد البيعة على الشراء منه) أى من ذلك الخارج (كان صاحب اليد أولى ، لأن الأول) أى الخارج (إن كان يدعى أولية الملك وفي بعض النسخ : إن كان يثبت أولية الملك (فهذا) أى فصاحب اليد (تلقى منه) أى تلقى الملك من ذلك الخارج (وفي هذا لاتناقى) كما لا يخفى (فصار) أى فصار حكم هذه المسئلة (كما إذا أقر بالملك له) أى كما إذا أقر صاحب اليد بالملك للخارج (ثم ادعى) أى صاحب اليد (الشراء منه) أى من الخارج . قال صاحب النهاية : ذكر في الفصول : والحاصل أن الخارج مع ذى اليد إذا ادعى ملكا مطلقا في كل الصور الخارج أولى . إلا إذا أقام صاحب اليد بيعة على التناج أو أرتخا وتاريخ لصاحب اليد أسبق ، وفي هذه الصورة التى ذكرها في الكتاب ترجح بيعة صاحب اليد أيضا ، وهى فيما إذا أقام الخارج البيعة على الملك وأقام صاحب اليد البيعة على أنه اشترى من المدعى ، إن كان المدعى أثبت أولية الملك فهذا تلقى منه ، فحصل من هذا أن بيعة ذى اليد ترجح على بيعة الخارج في هذه الصور الثلاث التى ذكرناها انتهى . أقول : لامساس لهذه الصورة التى ذكرت في الكتاب بما ذكر في الفصول ، لأنه فيما إذا ادعى كل واحد من الخارج وذى اليد ملكا مطلقا على ما هو مدلول صريح قول صاحب الفصول . والحاصل أن الخارج مع ذى اليد إذا ادعى ملكا مطلقا الخ ، وما ذكر في الكتاب فيما إذا ادعى الخارج الملك المطلق وذو اليد الملك المقيد بالشراء فضم هذه الصورة إلى صورتين المذكورتين في الفصول بطريق الاستثناء ، وجعل ماترجح فيه بيعة ذى اليد على بيعة الخارج صوراً ثلاثاً كما فعله صاحب النهاية مما لا حاصل له ، لأنه إن أراد أن ماترجح فيه بيعة ذى اليد على بيعة الخارج فيما إذا ادعى الملك المطلق هذه الصور الثلاث ليس بصحيح كما لا يخفى ، وإن أراد أن ماترجح فيه بيعة ذى اليد على بيعة الخارج فيما إذا ادعى الملك المطلق أو غيره هذه الصور الثلاث فليس بتمام ، لأن ماترجح فيه بيعة ذى اليد على بيعة الخارج مطلقاً غير منحصر في هذه الصور الثلاث بل متحقق في غيرها أيضا ، كما إذا ادعى الشراء من واحد ولم يكن تاريخ أحدهما أسبق على ماسبق في الكتاب (قال) أى القدورى في مختصره (وإن أقام كل واحد منهما) أى من الخارج وذى اليد (البيعة على الشراء من الآخر) أى أقام الخارج البيعة على أنه اشترى هذه الدار مثلاً من ذى اليد وأقامها ذو اليد على أنه اشترىها من الخارج (ولا تاريخ معهما تهاترت البيعتان وترك الدار في يد ذى اليد) بغير قضاء (قال) أى المصنف (وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وعلى قول محمد يقضى بالبيعتين وتكون) أى وتكون الدار (للخارج لأن العمل بهما) أى بالبيعتين (فممكن فيجعل كأنه اشترى ذو اليد من الآخر وقبض ثم باع) أى ثم باع ذو اليد من الخارج (ولم يقبض) الخارج (لأن القبض دلالة السبق) أى لأن قبض ذى اليد دليل سبقه في الشراء (كما مر) إشارة إلى قوله وإن لم يذكر تاريخاً ومع

كما روينا (وإذا لم يعلم يرجع إلى الأصل . قال : وإذا أقام الخارج البيعة على الملك الخ) وإذا أقام الخارج البيعة على الملك وذو اليد على الشراء منه فذو اليد أولى ، لأن الخارج إن كان يدعى أولية الملك فذو اليد تلقى منه ، ولا تنافى في هذا فصار كما لو أقر ذو اليد بالملك للخارج ثم ادعى الشراء منه (قال : وإن أقام الخارج البيعة أنه اشترىها من ذى اليد وأقامها ذو اليد أنه اشترىها من الخارج ولا تاريخ معهما تهاترتا وترك الدار في يد ذى اليد) قال المصنف (وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد يقضى بهما لإمكان العمل بهما ، وذلك بأن يجعل كأن ذى اليد قد اشترىها من الخارج وقبض ثم باع ولم يقبض لأن القبض دلالة السبق كما مر ،

(قوله ثم باع ولم يقبض) أقول : يعنى ولم يقبض الخارج .

ولا يعكس الأمر لأن البيع قبل القبض لا يجوز وإن كان في العقار عنده . ولهما أن الإقدام على الشراء لإقرار منه بالملك للبائع فصار كأنهما قامتا على الإقرارين وفيه التهاثر بالإجماع : كذا ها هنا ، ولأن السبب يراد لحكمه وهو الملك ولا يمكن القضاء لدى اليد إلا بملك مستحق فبقى القضاء له بمجرد السبب وأنه لا يفيد . ثم لو شهدت البيتان على نقد الثمن فالألف بالألف قصاص عندهما إذا استويا لوجود قبض مضمون من كل جانب ، وإن لم يشهدوا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد للوجوب عنده ، ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاثرتا بالإجماع ،

أحدهما قبض فهو أولى لأن تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه انتهى (ولا يعكس الأمر) أى لا يجعل كأن الخارج اشترها من ذى اليد أولاً ثم باعها إياه (لأن البيع قبل القبض لا يجوز) يعنى أن العكس يستلزم البيع قبل القبض وذلك لا يجوز (وإن كان) أى وإن كان البيع (في العقار عنده) أى عند محمد رحمه الله (ولهما) أى ولأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله (أن الإقدام على الشراء لإقرار منه) أى من المشتري (بالملك للبائع فصار) أى فصار أمر هذه المسئلة (كأنهما) أى البيتين (قامتا على الإقرارين) أى على الإقرارين من الطرفين (وفيه التهاثر بالإجماع فكذا هنا) أى فها نحن فيه (ولأن السبب يراد لحكمه وهو الملك ، هذا دليل آخر متضمن للجواب عما قاله محمد أن العمل بالبيتين ممكن : يعنى أن السبب لا يراد لنفسه وإنما يراد لحكمه ، فإذا كان مفيداً لحكمه كان معتبراً وإلا فلا لكونه غير مقصود بالذات (وها هنا لا يمكن القضاء لدى اليد إلا بملك مستحق) أى للخارج ، لأننا إذا قضينا ببينة ذى اليد فإنما نقضى ليزول ملكه إلى الخارج فلم يكن السبب الذى هو البينة ها هنا مفيداً لحكمه بالنسبة إليه (فبقى القضاء له بمجرد السبب وأنه لا يفيد) فلم يكن معتبراً فلم يمكن العمل بالبيتين . أقول : المطالب أن يطالب بالفرق بين مسئلتنا هذه على قولهما وبين ما إذا أقام كل واحد من الخارج وذى اليد البينة على التنازع ولا تاريخ معهما حيث لم تهاثرت البيتان هناك عند أئمتنا الثلاثة على ما هو الصحيح ، بل قضى ببينة ذى اليد له بناء على أن البيتين استوتا في الإثبات وترجحت بينة ذى اليد باليد كما مر وتهاثرتا ها هنا عندهما مع الاشتراك في العلة المذكورة هناك ، فتأمل في الفرق (ثم لو شهدت البيتان على نقد الثمن فالألف بالألف قصاص عندهما إذا استويا) أى إذا استوى الثمن (لوجود قبض مضمون من كل جانب) لعدم القضاء بشيء من العقد عندهما وإن كان أحد الثمنين أكثر رجع بالزيادة كذا في شرح الكفر للزيلعى ، ثم إن هذا أى القصاص إذا كان المقبوض هالكا وإن كان قائماً وجب رده ، كذا في الكافي . فإن قلت : تهاثرت البيتان في الشراء عندهما فينبغى أن يكون كذلك في حق النقد لأنه في ضمنه . قلت : أمكن أن لا تقبل البينة في حق شيء وتقبل في حق شيء آخر ، كالمرأة إذا أقامت البينة على وكيل زوجها بنقلها على تطليق زوجها لا تقبل في حق الطلاق وتقبل في حق قصر يد الوكيل كذا في شرح تاج الشريعة (وإن لم يشهدا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد للوجوب عنده) أى لوجوب الثمن عند محمد فإن البيتين لما ثبتا عنده كان كل واحد منهما موجبا للثمن عند مشتريه فيقتاص بالوجوب بالوجوب (ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاثرتا) أى البيتان (بالإجماع) لكن على اختلاف التخرج ، فعندهما باعتبار أن دعوتهما مثل هذا البيع لإقرار من كل واحد منهما بالملك

ولا يعكس) أى لا يجعل كأن الخارج اشترها من ذى اليد أولاً ثم باعها إياه (لأن) ذلك يستلزم (البيع قبل القبض) وذلك (لا يجوز وإن كان في العقار عنده . ولهما أن الإقدام على الشراء لإقرار من المشتري بالملك للبائع فصار كأنهما قامتا على الإقرارين ، وفيه التهاثر بالإجماع كذا ها هنا ، ولأن السبب يراد لحكمه وهو الملك) يعنى أن السبب إذا كان مفيداً للحكم كان معتبراً وإلا فلا لكونه غير مقصود بالذات (و) ها هنا (لا يمكن القضاء لدى اليد إلا بملك مستحق) للخارج لأننا إذا قضينا ببينة ذى اليد فإنما نقضى ليزول ملكه إلى الخارج فلم يكن السبب مفيداً لحكمه بالنسبة إليه (فبقى القضاء له بمجرد السبب وذلك غير مفيد . ثم لو شهدت البيتان على نقد الثمن فالألف بالقصاص عندهما إذا استوى الثمن لوجود قبض مضمون من كل جانب ، وإن لم يشهدا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد للوجوب عنده) فإن البيتين لما ثبتا عنده كان كل واحد منهما موجبا للثمن عند مشتريه فيقتاص بالوجوب بالوجوب (ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاثرتا بالإجماع) لكن على اختلاف التخرج ،

لأن الجمع غير ممكن عند محمد لجواز كل واحد من البيعين بخلاف الأول. وإن وقت البيعتان في العقار ولم تثبت قبضا ووقت الخارج أسبق يقضى لصاحب اليد عندهما فيجعل كأن الخارج اشترى أولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد. وهو جائز في العقار عندهما. وعند محمد يقضى للخارج لأنه لا يصح له بيعه قبل القبض فبقى على ملكه. وإن أثبتا قبضا

لصاحبه. وفي مثل هذا الإقرار تهاثر الشهود فكذاك هاهنا. وعند محمد باعتبار أن بيع كل واحد منهما جائز لوجود البيع بعد القبض، وليس في البيعين ذكر تاريخ ولا دلالة تاريخ حتى يجعل أحدهما سابقا والآخر لاحقا. فإذا جاز البيعان ولم يكن أحدهما أولى من الآخر في القبول تساقطا للتعارض فبقى العين على يد صاحب اليد كما كانت وهو معنى قول المصنف (لأن الجمع غير ممكن عند محمد) أي لأن العمل بهما غير ممكن عنده (لجواز كل واحد من البيعين) مع عدم أولوية أحدهما على الآخر لعدم ذكر التاريخ ولا دلالته، فكانت شهادة الفريقين بمنزلة تعارض النصين بحيث متى لم يمكن الترجيح ولا الحمل على الحالتين سقط العمل بهما، فبعد ذلك كان العمل بما بعدهما من الحجة على ما عرف. وهاهنا أيضا لما سقطت شهادتهما بالتعارض بقيت العين في يد صاحب اليد كما كانت (بخلاف الأول) أي بخلاف ما إذا لم يذكر القبض في شهادتهما حيث يجعل هناك شراء صاحب اليد سابقا وبيعه لاحقا لدلالة القبض على السبق، إذ لجعل شراء الخارج سابقا لزم البيع قبل القبض كما مر، هذا زبدة ما في جملة الشروح في حل هذا المقام. أقول: لقائل أن يقول: لم لا يجوز الجمع بينهما والعمل بهما حيث يجعل العين المدعاة بين المدعين نصفين كما جعلناها كذلك فيما إذا ادعى اثنان عينا في يد آخر كل واحد منهما يزعم أنها له وأقاما البيعة ولا تاريخ معهما حيث قضينا هناك بالعين بينهما نصفين كما مر في صدر هذا الباب. وأيضا قلنا: إذا ادعى اثنان عينا في يد ثالث كل واحد منهما يدعى أنه اشتراها منه وأقاما بيعة ولا تاريخ معهما فكل واحد منهما بالخيار، إن شاء أخذ نصف العين بنصف الثمن، وإن شاء ترك. وقد مرت هذه المسئلة أيضا في هذا الباب، وقد مرت فيه أيضا مسائل أخرى مشتركة في هذا الحكم: أعنى التنصيف بلا خلاف بين أئمتنا. ولا يخفى أن ما ذكرناه هاهنا لتخريج محمد رحمه الله ينتقض بكل واحدة منها فتدبر. وفي الكافي: وما ذكره في الهداية من أنه لو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاثرتا بالإجماع، لأن الجمع غير ممكن عند محمد لجواز كل واحد من البيعين بخلاف ما ذكر في المبسوط والجامع الكبير وغيرهما من أنه لو شهدوا بالبيع والقبض يقضى بالبيعتين عند محمد فيقضى بالدار لدى اليد، لأن البيئات حجج الشرع فيجب العمل بها ما أمكن وقد أمكن لأنهما أثبتا العقدتين والقبض فيجعل كأن ذا اليد باعها وسلمها انتهى (وإن وقت البيعتان في العقار) وقتين، قيد بالعقار ليظهر ثمرة الخلاف كما ذكر، كذا في النهاية ومعراج الدراية (ولم تثبت قبضا) أي ولم تثبت البيعتان قبضا، وفي بعض النسخ: ولم تثبت قبضا (ووقت الخارج أسبق) أي والحال أن وقت الخارج أسبق (يقضى لصاحب اليد عندهما) أي عند أبي حنيفة وأبي يوسف (فيجعل كأن الخارج اشترى أولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد وهو جائز في العقار عندهما، وعند محمد يقضى للخارج لأنه لا يصح بيعه) أي بيع العقار (قبل القبض عنده فبقى على ملكه) أي فإذا لم يصح بيعه قبل القبض بقي على ملك الخارج (وإن أثبتا قبضا) أي وإن أثبت البيع عندهما باعتبار أن دعواهما مثل هذا البيع إقرار من كل منهما بالملك لصاحبه، وفي مثل هذا الإقرار تهاثر الشهود فكذاك هاهنا. وعند محمد باعتبار أن بيع كل واحد منهما جائز لوجود البيع بعد القبض وليس في البيعين ذكر تاريخ ولا دلالة تاريخ حتى يجعل أحدهما سابقا والآخر لاحقا، وإذا جاز البيعان ولم يكن أحدهما أولى من الآخر في القبول تساقطا. فبقى العين على يد صاحب اليد كما كانت، وهو معنى قوله (لأن الجمع غير ممكن) لأن الجمع عبارة عن إمكان العمل بهما وهاهنا لم يمكن (وإن وقت البيعتان في العقار) وقتين، فإذا أن يكون وقت الخارج أسبق أو وقت ذي اليد، وكل منهما على وجهين: إما أن يشهدوا بالقبض أولا، فإن كان وقت الخارج أسبق (فإن لم يشهدوا بالقبض قضى بها لدى اليد عند أبي حنيفة وأبي يوسف فيجعل كأن الخارج اشترى أولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد فإنه جائز في العقار عندهما. وعند محمد يقضى بها للخارج لعدم صحة البيع قبل القبض عنده فبقى على ملكه، وإن شهدوا بالقبض

يقضى لصاحب اليد لأن البيعين جائزان على القولين ، وإن كان وقت صاحب اليد أسبق يقضى للخارج في الوجهين فيجعل كأنه اشتراها ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم أو سلم ثم وصل إليه بسبب آخر . قال (وإن أقام أحد المدعين شاهدين والآخر أربعة فهما سواء) لأن شهادة كل شاهدين علة تامة كما في حالة الانفراد ، والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل بقوة فيها على ما عرف . قال (وإذا كانت دار في يد رجل ادّعاها اثنان أحدهما جميعها والآخر نصفها وأقاما البينة فلصاحب الجميع ثلاثة أرباعها ولصاحب النصف ربعها عند أبي حنيفة) اعتبارا بطريق المنازعة ، فإن صاحب النصف لا ينازع الآخر في النصف فسلم له بلا منازع واستوت منازعتهما

البيتان قبضا وباقى المسئلة على حاله . وفي بعض النسخ : وإن بيننا قبضا (يقضى لصاحب اليد) أى بالإجماع فيجعل كأن الخارج باع ذلك من بائعه بعد ما قبضه (لأن البيعين) أى بالوجه المزبور (جائزان على القولين) أى على قولهما وقول محمد (وإن كان وقت صاحب اليد أسبق) وباقى المسئلة على حاله (يقضى للخارج في الوجهين) أى سواء أثبت البيتان القبض أو لم تثبته (فيجعل كأنه اشتراه ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم) أى ثم باع ذو اليد من الخارج ولكن لم يسلم إليه هذا باعتبار عدم إثبات القبض (أو سلم) أى سلم ذو اليد إلى الخارج (ثم وصل إليه) أى إلى ذى اليد (بسبب آخر) من إجارة أو إعارة أو غيرها . وهذا باعتبار إثبات القبض ، فقد جمع المصنف الوجهين في تقريره هذا كما ترى . فإن قلت : بقی من أقسام المسئلة المارة صورتان لم تذكر في الكتاب : إحداهما أن توفقت البيتان وقتا واحدا ، وثانيتهما أن توفقت إحدى البيتين وقتا ولم توفقت الأخرى فما حكمهما ؟ قلت : حكم كل واحدة منهما كحكم ما إذا لم توفقت أصلا نص عليه في غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الإسلام (قال) أى القدورى في مختصره (وإن أقام أحد المدعين شاهدين والآخر أربعة فهما سواء) أى الاثنان والأربعة من الشهود سواء (لأن شهادة كل شاهدين علة تامة) لو صولها إلى حد النصاب الكامل (كما في حالة الانفراد) في غير الشهادة في الزنا (والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل) يقع (بقوة فيها) أى في العلة ؛ ألا يرى أن الخبر لا يرجح بخبر آخر والآية لا ترجح بآية أخرى لأن كل واحد منهما علة بنفسه والمفسر يرجح على النص والنص على الظاهر باعتبار القوة (على ما عرف) أى في علم أصول الفقه ، وكذلك الشهادتان إذا تعارضتا وإحداهما مستورة والأخرى عادلة ترجحت العادلة على المستورة بالعدالة لأنها صفة الشهادة ولا ترجح بزيادة عدد الشهود لأنها ليست بصفة لما هو حجة من الشهادة بل هي مثلها ، وشهادة كل عدد ركن مثل شهادة الآخر لأن يكون بعضها صفة للبعض ، إلى هذا أشار في التوقيم ، كذا في النهاية (قال) أى القدورى في مختصره (وإذا كانت دار في يد رجل ادّعاها اثنان أحدهما جميعها والآخر نصفها وأقاما البينة فلصاحب الجميع ثلاثة أرباعها ولصاحب النصف ربعها عند أبي حنيفة اعتبارا لطريق المنازعة ، فإن صاحب النصف لا ينازع الآخر في النصف فسلم له بلا منازع واستوت منازعتهما

يقضى بها لصاحب اليد بالإجماع لأنه يجعل كأن الخارج باعها من بائعه بعد ما قبضها ، وذلك صحيح على القولين جميعا (وإن كان وقت ذى اليد أسبق يقضى للخارج في الوجهين) جميعا ، يعنى سواء شهدوا بالقبض أو لم يشهدوا ، أما إذا شهدوا به فلا إشكال ، وأما إذا لم يشهدوا فيجعل كأن ذى اليد اشتراها وقبض ثم باع من الخارج فيؤمر بالتسليم إليه ، والمصنف جمع الوجهين في قوله فيجعل كأنه اشتراه ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم ، وهذا باعتبار عدم إثبات القبض ، أو سلم ثم وصل إليه بسبب آخر من عارية أو إجارة باعتبار إثبات القبض . قال (وإن أقام أحد المدعين شاهدين والآخر أربعة فهما سواء ، لأن شهادة كل شاهدين علة تامة كما في حالة الانفراد ، والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل بقوة فيها) ألا ترى أن الخبر الواحد لا يرجح بخبر آخر والآية بآية أخرى لأن كل واحد منهما علة بنفسه ، والمفسر يرجح على النص والنص على الظاهر باعتبار القوة (كما عرف) في أصول الفقه ، والشهادة العادلة ترجح على المستورة بالعدالة لأنها صفة الشهادة ، ولا ترجح بكثرة العدد لأنها ليست بصفة . للشهادة بل هي مثلها وشهادة كل عدد نصاب كامل . قال (وإذا كانت دار في يد رجل ادّعاها اثنان أحدهما جميع الدار والآخر نصفها وأقاما البينة فلصاحب الجميع ثلاثة أرباعها ولصاحب النصف ربعها عند أبي حنيفة اعتبارا بطريق المنازعة) وعندهما هي بينهما أثلاثا اعتبارا بطريق العول والمضاربة . والأصل

(قوله أما إذا شهدوا به فلا إشكال) أقول : فيه بحث .

في النصف الآخر فينصف بينهما (وقالا : هي بينهما أثلاثا) فاعتبرا طريق العول والمضاربة ، فصاحب الجميع يضرب بكل حقه سهمين وصاحب النصف يضرب بسهم واحد فتقسم أثلاثا ،

في النصف الآخر فينصف بينهما) فتجعل الدار على أربعة لحاجتنا إلى حساب له نصف ولنصفه نصف وأقله أربعة ، كذا في الكافي (وقالا) أي أبو يوسف ومحمد رحمهما الله (هي) أي الدار (بينهما) أي بين المدعين (أثلاثا فاعتبرا طريق العول والمضاربة فصاحب الجميع يضرب بكل حقه سهمين) أي يأخذ بحسب كل حقه سهمين . وفي المغرب : وقال الفقهاء فلان يضرب فيه بالثلث : أي يأخذ منه شيئا بحكم ماله من الثلث ، كذا في النهاية ومعراج الدراية (وصاحب النصف بسهم واحد) أي وصاحب النصف يضرب بكل حقه أيضا وهو سهم واحد إذ الدار تجعل سهمين لحاجتنا إلى عدد له نصف صحيح ، وأقله اثنان فيضرب صاحب الجميع بذلك وصاحب النصف بسهم واحد (فتقسم) بينهما (أثلاثا) أي فتقسم الدارين المدعين أثلاثا لثلاثها لمدعى الجميع وثلاثها لمدعى النصف . وأعلم أن أصل أبي حنيفة أن المدلى بسبب صحيح وهو ما يتعلق به الاستحقاق من غير انضمام معنى آخر إليه يضرب بجميع حقه ، كأصحاب العول والموصى له بالثلث فما دونه ، وغرماء الميت إذا ضاقت التركة عن ديونه ، والمدلى بسبب غير صحيح يضرب بقدر ما يصيبه حال المزاومة كمثلثنا هذه ، والموصى له بأكثر من الثلث . وأصل أبي يوسف ومحمد رحمهما الله أن قسمة العين متى وجبت بسبب حق كان في العين كانت القسمة على طريق العول كالتركة بين الورثة ، ومتى وجبت لا بسبب حق كان في العين فالقسمة على طريق المنازعة كالفضولي إذا باع عبد رجل بغير أمره وفضولي آخر باع نصفه وأجاز المولى البيعين فالقسمة بين المشترين بطريق المنازعة ، أو باعا فعلى هذين الأصلين أمكن الاتفاق بين الأئمة الثلاثة على العول وعلى المنازعة وأمكن الافتراق ، فما اتفقوا على العول فيه العول في التركة ، أما على أصله فلأن السبب لا يحتاج إلى ضم شيء ، وأما على أصلهما فلأنها وجبت بسبب حق في العين لأن حق الورثة يتعلق بعين التركة ، وما اتفقوا عليه بطريق المنازعة بيع الفضولي ، أما على أصله فلأنه ليس بسبب صحيح لاحتياجه إلى انضمام الإجازة إليه ، وأما على أصلهما فلأن حق كل واحد من المشترين كان في الثمن فتحول بالشراء إلى المبيع . وما افترقوا فيه مسئلتنا هذه ، فعلى أصله سبب استحقاق كل منهما هو الشهادة ، وهي تحتاج إلى اتصال القضاء بها كما تقدم فلم يكن سببا صحيحا فكانت القسمة على طريق المنازعة كما بين في الكتاب ، وعلى أصلهما حق كل واحد من المدعين في العين ، بمعنى أن حق كل منهما شائع فيها ، فما من جزء إلا وصاحب القليل يزاحم فيه صاحب الكثير بنصيبه ، فلهذا كانت القسمة فيه بطريق العول كما ذكر في الكتاب . ثم أعلم أن أصلهما ينتقض بحق الغرماء في التركة ، فإن قسمة العين بينهم بسبب حق كان في الذمة لا في العين ، ومع ذلك كانت القسمة عولية ،

في ذلك أن عند أبي حنيفة أن المدلى بسبب صحيح وهو ما يتعلق به الاستحقاق من غير انضمام معنى آخر إليه يضرب بجميع حقه كأصحاب العول والموصى له بالثلث فادونه وغرماء الميت إذا ضاقت التركة عن ديونه والمدلى بسبب غير صحيح يضرب : أي يأخذ بحسب كل حقه بقدر ما يصيبه حال المزاومة كمثلثنا هذه والموصى له بأكثر من الثلث . وعندهما أن قسمة العين متى وجبت بسبب حق كان في العين كانت القسمة على طريق العول كالتركة بين الورثة ، ومتى وجبت لا بسبب حق كان في العين فالقسمة على طريق المنازعة ، كالفضولي إذا باع عبد رجل بغير أمره وفضولي آخر باع نصفه وأجاز المولى البيعين فالقسمة بين المشترين بطريق المنازعة أرباعا ، فعلى هذا أمكن الاتفاق بينهم على العول وعلى المنازعة والافتراق . وما اتفقوا على العول فيه العول في التركة . أما على أصله فلأن السبب لا يحتاج إلى ضم شيء ، وأما على أصلهما فلأنها وجبت بسبب حق في العين لأن حق الورثة يتعلق بعين التركة . وما اتفقوا عليه بطريق المنازعة بيع الفضولي ، أما على أصله فلأنه ليس بسبب صحيح لاحتياجه إلى انضمام الإجازة إليه ، وأما على أصلهما فلأن حق كل واحد من المشترين كان في الثمن فتحول بالشراء إلى المبيع وما افترقوا فيه مسئلتنا هذه فعلى أصل أبي حنيفة سبب استحقاق كل منهما هو الشهادة ، وهي تحتاج إلى اتصال القضاء بها كما تقدم فلم يكن سببا صحيحا فكانت القسمة على طريق المنازعة ، فيقول مدعى النصف : لا دعوى له في النصف الآخر فافترده به

ولهذه المسئلة نظائر وأضداد لا يَحْتَمِلُها هذا المختصر وقد ذكرناها في الزيادات . قال (ولو كانت في أيديهما سلم لصاحب الجميع نصفها على وجه القضاء ونصفها لآعلى وجه القضاء) لأنه خارج في النصف فيقضى بينته ، والنصف الذى في يديه صاحبه لا يدعيه لأن مدعاه النصف وهو في يده سالم له ، ولو لم ينصرف إليه دعواه كان ظالماً بإمساكه ولا قضاء بدون الدعوى فيترك في يده .

كذا في المبسوط . قال المصنف (ولهذه المسئلة نظائر وأضداد) أى للمسئلة المذكورة أشباه حكم فيها أبو حنيفة بالمنازعة وصاحبا بالعول كما في هذه المسئلة ، وأضداد حكم فيها أبو حنيفة بالعول وصاحبا بالمنازعة على عكس ما في هذه المسئلة (لا يَحْتَمِلُها) أى النظائر والأضداد (هذا المختصر) يعنى الهداية (وقد ذكرناها في الزيادات) فن نظائرها : الموصى له بجميع المال ونصفه عند إجازة الورثة ، والموصى له بعين مع الموصى له بنصف ذلك إذا لم يكن للميت مال سواه . ومن أضدادها العبد المأذون له المشترك إذا أدانه أحد الموليين مائة درهم وأجنبي مائة درهم ثم بيع بمائة درهم ، فالقسمة بين المولى والمدين والأجنبي عند أبي حنيفة بطريق العول أثلاثاً ، وعندهما بطريق المنازعة أرباعاً ، وكذا المدبر إذا قتل رجلاً خطأ وفقاً عين آخر وغرم المولى قيمته لهما ، كذا في الكافي والشروح ، فتذكر الأصلين المذكورين يسهل عليك استخراج هذه الصور (قال) أى القذورى في مختصره (ولو كانت في أيديهما) أى ولو كانت الدار في أيدي المدعين والمسئلة بمجالها (سلم لصاحب الجميع) أى لمدعى الجميع (نصفها على وجه القضاء) وهو الذى كان بيد الآخر (ونصفها لآعلى وجه القضاء) وهو الذى كان بيد نفسه (لأنه خارج في النصف) أى لأن صاحب الجميع وهو مدعى الجميع خارج في النصف الذى كان في يد مدعى النصف (فيقضى بينته) أى فيقضى بينة صاحب الجميع في حق ذلك النصف بناء على أن بينة الخارج أولى من بينة ذى اليد فتم دليل قوله نصفها على وجه القضاء وبقي دليل قوله ونصفها لا على وجه القضاء وهو قوله (فالنصف الذى في يديه) أى في يدى صاحب الجميع (صاحبه لا يدعيه) أى صاحب صاحب الجميع : أى خصمه وهو مدعى النصف لا يدعى ذلك النصف (لأن مدعاه) أى مدعى صاحبه وهو مدعى النصف (النصف وهو في يده سالم له) توضيحه أن دعوى مدعى النصف منصرفة إلى ما في يده لتكون يده يدا محقة في حقه ، لأن حمل أمور المسلمين على الصحة واجب ، فدعى النصف لا يدعى شيئاً مما في يد صاحب الجميع لأن مدعاه النصف وهو في يده فسلم النصف لمدعى الجميع بلا منازعة ، كذا في الكافي (ولو لم ينصرف إليه دعواه) أى ولو لم ينصرف دعوى مدعى النصف إلى النصف الذى في يده (كان ظالماً بإمساكه) أى كان مدعى النصف ظالماً بإمساكه ما في يده ، وقضية وجوب حمل أمر المسلم على الصحة قاضية بخلافه (ولا قضاء بدون الدعوى فيترك في يده) أى وإذا لم يدع مدعى

صاحب الجميع والنصف الآخر كل منهما يدعيه وقد أقاما عليه البينة ، والتساوى في سبب الاستحقاق يوجب التساوى فيه فكان هذا النصف بينهما نصفين فيجعل لصاحب الجميع ثلاثة أرباع الدار والمدعى النصف الربع ، وعلى أصلهما حق كل واحد من المدعين في العين على معنى أن حق كل منهما شائع فيها ، فما من جزء إلا وصاحب القليل يزاحم فيه صاحب الكثير بنصيبه ، فلهذا كانت القسمة فيه بطريق العول ، فيضرب كل منهما بجميع دعواه فاحتجنا إلى عدد له نصف صحيح وأقله اثنان ، فيضرب بذلك صاحب الجميع ويضرب مدعى النصف بسهم فتكون بينهما أثلاثاً . ولهذه المسئلة نظائر وأضداد لا يَحْتَمِلُها المختصرات . قال المصنف (وقد ذكرناها في الزيادات) فن نظائرها : الموصى له بجميع المال ونصفه عند إجازة الورثة . ومن أضدادها العبد المأذون له المشترك إذا أدانه أحد الموليين مائة درهم وأجنبي مائة درهم ثم بيع بمائة درهم فالقسمة بين المولى والمدين والأجنبي عند أبي حنيفة بطريق العول أثلاثاً ، وعندهما بطريق المنازعة أرباعاً ، فتذكر الأصلين المذكورين يسهل عليك الاستخراج . قال (ولو كانت الدار في أيديهما الخ) الأصل في هذه المسئلة أن دعوى كل واحد من المدعين تنصرف إلى ما في يده فلا يكون في إمساكه ظالماً حملاً لأمور المسلمين على الصحة ، وأن بينة الخارج أولى من بينة ذى اليد ، فإذا كانت الدار في أيديهما فدعى النصف لا يدعى على الآخر شيئاً ومدعى الكل يدعى عليه النصف وهو خارج عن النصف فعليه إقامة البينة ، فإن أقامها فله

قال (وإذا تنازعا في دابة وأقام كل واحد منهما بينة أنها نتجت عنده وذكرنا تاريخنا وسنّ الدابة يوافق أحد التاريخين فهو أولى) لأن الحال يشهد له فيترجح (وإن أشكل ذلك كانت بينهما) لأنه سقط التوقيت فصار كأنهما لم يذكرنا تاريخنا :

النصف النصف الذي في يد مدعى الجميع . ولا قضاء بدون الدعوى فيترك ذلك النصف في يد مدعى الجميع بلا قضاء فتم دليل قوله ونصفها لأعلى وجه القضاء أيضا فيثبت المدعى بشقيه . قال صاحب العناية : الأصل في هذه المسئلة أن دعوى كل واحد من المدعين تنصرف إلى ما في يده كي لا يكون في إمساكه ظالما حملا لأمر المسلمين على الصحة ، وأن بينة الخارج أولى من بينة ذي اليد انتهى . أقول : فيه نظري ، وهو أن انصراف دعوى مدعى الجميع من المدعين إلى ما في يده غير معقول لأنه إن جعل الذي في يده الكل لا يثبت للمقدمة القائلة وأن بينة الخارج أولى من بينة ذي اليد محل في هذه المسئلة . ولا يصح قول المصنف لأنه خارج في النصف ولا قول صاحب العناية في أثناء الشرح ومدعى الكل مدعى عليه النصف وهو خارج عن النصف ، وإن جعل الذي في يده النصف كما هو الظاهر الحق فلا معنى لانصراف دعواه إلى ما في يده لأنه يدعى الكل وهو ليس في يده . وأيضا لا يتم قوله كي لا يكون في إمساكه ظالما بالنسبة إليه لأن الإنسان لا يكون ظالما بإمساكه حقه وإن كان في يد غيره . ومدعى الكل يدعى أن جميع ما في أيديهما حقه . فالحق أن الذي ينصرف دعواه إلى ما في يده إنما هو مدعى النصف منهما كما هو المذكور في الكافي وغيره ، وقد مرّ بنا في أثناء شرح كلام المصنف (قال) أي القدوري في مختصره (وإذا تنازعا) أي تنازع اثنان (في دابة وأقام كل واحد منهما بينة أنها نتجت عنده وذكرنا تاريخنا وسنّ الدابة يوافق أحد التاريخين فهو أولى) أي الذي يوافق سن الدابة تاريخه أولى من الآخر (لأن الحال يشهد له) يعني أن علامة صدق شهوده قد ظهرت بشهادة الحال له (فيترجح) أي فيترجح من يوافق سن الدابة تاريخه . واعلم أنه لافرق في هذا بين أن تكون الدابة في أيديهما أو في يد أحدهما أو في يد ثالث ، لأن المعنى لا يختلف ، بخلاف ما إذا كانت الدعوى في التنازع من غير تاريخ حيث يحكم بها لدى اليد إن كانت في يد أحدهما أو لهما إن كانت في أيديهما أو يد ثالث ، كذا ذكره الإمام الزيلعي في شرح الكنز (وإن أشكل ذلك) أي سن الدابة (كانت بينهما) أي كانت الدابة بينهما نصفيين (لأنه سقط التوقيت فصار كأنهما لم يذكرنا تاريخنا) هذا الجواب في الخارجين وإن كان أحدهما صاحب اليد ودعواهما في التنازع ووقعت البيئتان وقتين ، فإن كانت الدابة على وقت بينة الخارج قضيت بها له لظهور علامة الصدق في بينته وعلامة الكذب في بينة ذي اليد ، وإن كانت الدابة على وقت بينة ذي اليد أو كانت مشكلة قضيت بها لدى اليد إما لظهور علامة الصدق في بينته أو سقوط اعتبار التوقيت إذا كانت مشكلة ، كذا في المبسوط ، ولم يذكر فيه ما إذا كان سن الدابة بين الوقتين . وذكر في الذخيرة : في ذلك تهاثر

جميع الدار نصفها على وجه القضاء ، وهو الذي كان بيد صاحبه لأنه اجتمع فيه بينة الخارج وبينة ذي اليد ، وبينة الخارج أولى فيقضى له بذلك ونصفها لأعلى وجه القضاء وهو الذي كان بيده لأن صاحبه لم يدعه ولا قضاء بدون الدعوى فيترك في يده (قال : وإذا تنازعا في دابة الخ) إذا تنازع اثنان في دابة وأقام كل واحد منهما بينة أنها نتجت عنده وذكرنا تاريخنا وسنّ الدابة يوافق أحد التاريخين فهو أولى ، لأن علامة صدق شهوده قد ظهرت بشهادة الحال له فيترجح ، وإن أشكل ذلك كانت بينهما نصفيين لأنه سقط التوقيت وصار كأنهما أقاماها ولا تاريخ لهما ، هذا إذا كانا خارجين ، وإن كان أحدهما ذا اليد فإن وافق سن الدابة تاريخه أو أشكل قضى بها لدى اليد ، إما لظهور علامة الصدق في شهوده ، أو سقوط اعتبار التوقيت بالإشكال ؛ وإن كان سن الدابة بين وقت الخارج وذي اليد قال عامة المشايخ : تهاثر البيئتان وتترك الدابة في يد ذي اليد

وإن خالف سن الدابة الوقتين بطلت البيتان، كذا ذكره الحاكم رحمه الله لأنه ظهر كذب الفريقين فيرك في يد من كانت في يده .

البيتان عند عامة المشايخ وترك الدابة في يد صاحب اليد ، كذا في النهاية ومعراج الدراية (وإن خالف سن الدابة الوقتين) قال الشراح : أى في دعوى الخارجين . أقول : لم يظهر لي فائدة هذا التقييد كما سأبين (بطلت البيتان ، كذا ذكره الحاكم لأنه ظهر كذب الفريقين) وذلك مانع عن قبول الشهادة حالة الانفراد فيمنع حالة الاجتماع أيضا (فترك) أى الدابة (في يد من كانت في يده) والظاهر أن هذا يعم الصور الثلاث : أعني ما إذا كانت الدابة في يد ثالث ، وما إذا كانت في أيديهما ، وما إذا كانت في يد أحدهما ، إذ لا فارق بينهن في الوجه الذى ذكر من قبل الحاكم فلا فائدة في التقييد المار . وفى المبسوط : من مشايخنا من قال : تبطل البيتان ، والأصح ما قاله محمد من الجواب . وهو أن تكون الدابة بينهما في الفصلين : يعنى فيما إذا كان سن الدابة مشكلا ، وفيما إذا كان على غير الوقتين في دعوى الخارجين . أما إذا كان مشكلا فلا شك فيه ، وكذلك إذا كان على غير الوقتين ، لأن اعتبار ذكر الوقت لحقهما ، وفى هذا الموضع في اعتباره لإبطال حقهما فسقط اعتبار ذكر الوقت أصلا وينظر إلى مقصودهما وهو إثبات الملك في الدابة وقد استويا في ذلك فوجب القضاء بينهما نصفين ، وهذا لأننا لو اعتبرنا التوقيت بطلت البيتان وترك هي في يد ذى اليد ، وقد اتفق الفريقان على استحقاقها على ذى اليد فكيف ترك في يده مع قيام حجة الاستحقاق ، كذا ذكر في أكثر الشروح . قال صاحب العناية بعد نقل ذلك : وهذه الرواية مخالفة لما روى أبو الليث عن محمد أنه قال : إذا كان سن الدابة مشكلا يقضى بينهما نصفين ، وإن كان مخالفا للوقتين لا يقضى لهما بشيء وترك في يد ذى اليد قضاء ترك فكأنهما لم يقيا البينة ، ولعل هذا هو الأصح . وقوله ينظر إلى مقصودهما ليس بشيء ، لأن مقصود المدعى ليس بمعتبر في الدعاوى بلا حجة ، واتفاق الفريقين على استحقاقها على ذى اليد غير معتبر لأنه ليس بحجة مع وجود المكذب انتهى . أقول : يمكن أن يجاب عن قوله وقوله ينظر إلى مقصودهما ليس بشيء إلى قوله لأنه ليس بحجة مع وجود المكذب بأن الموجود مكذب الوقتين لا مكذب أصل البينتين ، فاللازم منه سقوط اعتبار ذكر الوقت لاسقوط اعتبار أصل البيتين وهو إثبات الاستحقاق للمدعين على ذى اليد فلا قاذح لما في المبسوط ، ويرشد إلى هذا ما ذكره صاحب البدائع حيث قال : وإن خالف سنهما الوقتين جميعا سقط الوقت ، كذا ذكره في ظاهر الرواية لأنه ظهر بطلان التوقيت فكأنهما لم يوقتا فبقيت البيتان قائمتين على مطلق الملك من غير توقيت . وذكر الحاكم في مختصره أن في رواية أبي الليث تهاوت البيتان . قال : وهو الصحيح ووجهه أن سن الدابة إذا خالف الوقتين فقد تيقنا بكذب البينتين فالتحقنا بالعدم فيترك المدعى في يد صاحب اليد كما كان .

(قوله وإن خالف سن الدابة الوقتين) يعنى في الخارجين (بطلت البيتان ، كذا ذكره الحاكم) لأنه ظهر كذب الفريقين ، وذلك مانع عن قبول الشهادة حالة الانفراد فيمنع حالة الاجتماع أيضا ، فترك الدابة في يد من هي في يده قضاء ترك كأنهما لم يقيا البينة . قال في المبسوط : الأصح ما قاله محمد من الجواب ، وهو أن تكون الدابة بينهما في الفصلين : يعنى فيما إذا كان سن الدابة مشكلا ، وفيما إذا كان على غير الوقتين في دعوى الخارجين . أما إذا كان مشكلا فلا شك فيه ، وكذلك إن كان على غير الوقتين لأن اعتبار ذكر الوقت لحقهما ، وفى هذا الموضع في اعتباره لإبطال حقهما فسقط اعتبار ذكر الوقت أصلا ، وينظر إلى مقصودهما وهو إثبات الملك في الدابة وقد استويا في ذلك فوجب القضاء بينهما نصفين ، وهذا لأننا لو اعتبرنا التوقيت بطلت البيتان وترك هي في يد ذى اليد ، وقد اتفق الفريقان على استحقاقها على ذى اليد فكيف ترك في يده مع قيام حجة الاستحقاق . وهذه الرواية مخالفة لما روى أبو الليث عن محمد أنه قال : إذا كان سن الدابة مشكلا يقضى بينهما نصفين ، وإن كان مخالفا للوقتين لا يقضى لهما بشيء وترك في يد ذى اليد قضاء ترك ، فكأنهما لم يقيا البينة ، ولعل هذا هو الأصح . وقوله ينظر إلى مقصودهما ليس بشيء لأن مقصود المدعى ليس بمعتبر في الدعاوى بلا حجة ، واتفاق الفريقين على استحقاقها على ذى اليد

(قوله وقد اتفق الفريقان الخ) أقول : في غاية البيان تفصيل متعلق بالمقام فراجعه .

قال (وإذا كان عبد في يد رجل أقام رجلان عليه البينة أحدهما بغصب والآخر بوديعة فهو بينهما) لأستوائهما في الاستحقاق .

(فصل في التنازع بالأيدي)

قال (وإذا تنازعا في ذابة أحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب أولى) لأن تصرفه أظهر فإنه يختص بالملك (وكذلك إذا كان أحدهما راكبا في السرج والآخر رديفه فالراكب أولى)

والجواب أن مخالفة السن الوقتين توجب كذب الوقتين لا كذب البينتين أصلا ورأسا ، انتهى كلامه ، فتأمل ترشد (قال) أى محمد في الجامع الصغير في كتاب القضاء (وإذا كان عبد في يد رجل أقام رجلان عليه البينة أحدهما بغصب والآخر بوديعة فهو بينهما) أى العبد بين المدعين (لأستوائهما) لأن المودع لما جحد الوديعة صار غاصبا فصار دعوى الوديعة والغصب سواء ، والتساوى في سبب الاستحقاق يوجب التساوى في نفس الاستحقاق فيكون العبد بينهما نصفين .

(فصل في التنازع بالأيدي)

لما فرغ من بيان وقوع الملك بالبينة شرع في بيان وقوعه بظاهر اليد في هذا الفصل لما أن الأول أقوى ، ولهذا إذا قامت البينة لا يلتفت إلى اليد (قال) أى القدورى في مختصره (وإذا تنازعا) أى تنازع اثنان (في ذابة أحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب أولى لأن تصرفه) أى تصرف الراكب (أظهر ، فإنه) أى الركوب (يختص بالملك) يعنى غالبا . قال الإمام الزيلعي في شرح الكنز : بخلاف ما إذا أقاما البينة حيث تكون بينة الخارج أولى لأنها حجة مطلقة ، وبينة الخارج أكثر إثباتا على ما بيناه . وأما التعلق فليس بحجة ، وكذا التصرف ، لكنه يستدل بالتمكن من التصرف على أنه كان في يده واليد دليل الملك حتى جازت الشهادة له بالملك فيترك في يده حتى تقوم الحجج والتراجع انتهى (وكذا إذا كان أحدهما راكبا في السرج والآخر رديفه فالراكب) أى في السرج (أولى) لأن العادة جرت بأن الملاك يركبون في السرج وغيرهم يكون رديفا ، كذا في الكافي وغيره . واعلم أن ما ذكر في الكتاب من أن كون الراكب في السرج أولى من رديفه على رواية نقلها الناطقي في الأجناس

غير معتبر لأنه ليس بحجة مع وجود المكذب (وإذا كان عبد في يد رجل أقام رجلان عليه البينة أحدهما بغصب والآخر بوديعة فهما سواء) لأن المودع لما جحد صار غاصبا ، والتساوى في سبب الاستحقاق يوجب التساوى في نفس الاستحقاق فيكون بينهما نصفين .

(فصل في التنازع بالأيدي)

لما فرغ من بيان وقوع الملك بالبينة شرع في هذا الفصل بذكر بيان وقوعه بظاهر اليد لما أن الأول أقوى ، ولهذا إذا قامت البينة لا يلتفت إلى اليد (قال : وإذا تنازعا في ذابة الخ) إذا تنازع اثنان في ذابة أحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب أولى ، لأن تصرفه أظهر لأن الركوب يختص بالملك يعنى غالبا (وكذا إذا كان أحدهما راكبا في السرج والآخر رديفه فالراكب في السرج أولى) لما ذكرنا ونقل الناطقي هذه الرواية من النوادر ، وأما في ظاهر الرواية فهي بينهما نصفان ،

(فصل في التنازع بالأيدي)

(قوله لأن الركوب يختص بالملك الخ) أقول : قال العلامة الزيلعي : بخلاف ما إذا أقاما البينة انتهى . يعنى المتعلق باللجام أو الكم ، ثم قال الزيلعي : حيث تكون بينة الخارج أولى لأنها حجة مطلقة وبينة الخارج أكثر إثباتا . وأما التعلق فليس بحجة ، وكذا التصرف ، لكنه يستدل بالتمكن من التصرف على أنه كان في يده ، واليد دليل الملك حتى جازت الشهادة له بالملك فيترك في يده حتى تقوم الحجج والتراجع انتهى .

بمخلاف ما إذا كانا راكبين حيث تكون بينهما لاستوائهما في التصرف (وكذا إذا تنازعا في بيع وعليه حل لأحدهما فصاحب الحمل أولى) لأنه هو المتصرف (وكذا إذا تنازعا في قميص أحدهما لابس والآخر متعلق بكفه فاللابس أولى) لأنه أظهرهما تصرفا (ولو تنازعا في بساط أحدهما جالس عليه والآخر متعلق به فهو بينهما) معناه لاعلى طريق القضاء لأن القعود ليس بيد عليه فاستويا .

عن نوادر المعل . وأما في ظاهر الرواية فالدابة بينهما نصفان ، كذا في غاية البيان والعناية (بخلاف ما إذا كانا راكبين) يعنى في السرج (حيث تكون أى الدابة) بينهما) قولا واحدا (لاستوائهما في التصرف) أما إذا كان أحدهما ممسكا بلجام الدابة والآخر متعلقا بذنبها . قال مشايخنا : ينبغى أن يقضى للذى هو ممسك بلجامها لأنه لا يتعلق بالجام غالبا إلا المالك ، أما الذنب فإنه كما يتعلق به المالك يتعلق به غيره ، كذا في النهاية وغيرها نقلا عن الذخيرة (وكذا إذا تنازعا في بيع وعليه حل لأحدهما ولآخر كوز متعلق فصاحب الحمل أولى لأنه هو المتصرف) فهو ذو اليد (وكذا إذا تنازعا في قميص أحدهما لابس والآخر متعلق بكفه فاللابس أولى لأنه أظهرهما تصرفا) ولهذا يصير به غاصبا ، كذا في الشروح (ولو تنازعا في بساط أحدهما جالس عليه والآخر متعلق به فهو بينهما) وكذا لو كانا جالسين عليه وادعياه فهو بينهما ، كذا في الشروح . قال المصنف (معناه لاعلى طريق القضاء) أى معنى قوله فهو بينهما أنه بينهما لاعلى طريق القضاء ، وعلل المسئلة بقوله (لأن القعود ليس بيد عليه) أى على البساط حتى لا يصير غاصبا به (فاستويا) أى فاستويا المتنازعان فيه فيجعل في أيديهما لعدم المنازع لهما . هذا وقال صاحب النهاية في حل هذا المقام : لأن اليد على البساط لا تثبت إلا بإحدى الطريقتين ؛ إما بإثبات اليد عليه حسا بالنقل والتحويل ، وإما بكونه في يده حكما بأن كان في بيته ولم يوجد شيء من ذلك في البساط فإننا نراه موضوعا على قارعة الطريق لما علم أنه ليس في يد غيرهما ولا في يدهما وهما مدعيان يقضى بينهما لاستوائهما في الدعوى انتهى . أقول : يرد عليه أن هذا الشرح لا يطابق المشروح ، لأن المصنف قال : معناه لاعلى طريق قضاء وهو يقول يقضى بينهما فيبينهما تدافع ظاهر . فإن قلت : يجوز أن يكون مراد المصنف لاعلى طريق القضاء الاستحقاق ، ومراد الشارح يقضى بينهما قضاء الترك فلا تدافع بينهما . قلت : لا مجال لأن يكون المراد بالقضاء بينهما هاهنا قضاء الترك أيضا ، إذ لا بد في قضاء الترك من أن يعرف كون المدعى في يد المدعى كما يفصح عنه ما ذكره صاحب العناية أيضا هناك وصاحب النهاية نقلا عن الذخيرة فيما يسجىء في مسألة التنازع في الحائط حيث قال : ومعنى القضاء بينهما أنه إذا عرف كونه في أيديهما قضى بينهما قضاء ترك ، فإن لم يعرف كونه في أيديهما وقد ادعى كل واحد منهما أنه ملكه وفي يديه يجعل في أيديهما معا لأنه لا منازع لهما لا أنه يقضى بينهما انتهى . فإنه يظهر منه الفرق بين قضاء الترك بينهما وبين الجعل في أيديهما من جهة أن الأول فيما عرف كون المدعى في أيديهما والثاني فيما لم يعرف ذلك

بمخلاف ما إذا كانا راكبين في السرج فإنها بينهما قولا واحدا لاستوائهما في التصرف ، وكذا إذا تنازعا في بيع ولأحدهما عليه حمل فصاحب الحمل أولى لأنه هو المتصرف (وإذا تنازعا في قميص أحدهما لابس والآخر متعلق بكفه فلا يسه أولى لأنه أظهرهما تصرفا) ولهذا يصير به غاصبا (ولو تنازعا في بساط أحدهما جالس عليه والآخر متعلق به أو كانا جالسين عليه فهو بينهما لاعلى طريق القضاء) لأن اليد على البساط إما بالنقل والتحويل أو بكونه في بيته ، والجلوس عليه ليس بشيء من ذلك فلا يكون يدا عليه فليس بأيديهما ولا في يد غيرهما وهما يدعيانه على السواء فيترك في أيديهما ، وبهذا فرق بيته وبين الدار إذا ادعاهما ساكناهما حيث لم يقض بها بينهما لا بطريق الترك ولا بغيره ، لأن عدم يد الغير فيها غير معلوم ، لأن اليد فيها قد تكون بالاختطاط له وزوال ذلك غير معلوم ، لأنها بعد أن كانت في مكانها الذى يثبت يد المختط له فيه عليها لم تتحول إلى محل آخر فكانت يده ثابتة عليها حكما ولم يعلم به القاضى ، وجهالة ذى اليد لا تجوز القضاء لغيره ، لأن شرط جوازه العلم بأن المدعى ليس في يد غير

فأقول : المفهوم منه أن القضاء للراكب واللابس قضاء ترك فتأمل فيه فإنه خلاف ما يفهم من الكتاب (قوله حيث لم يقض بها) أقول :

قال (وإذا كان ثوب في يد رجل وطرف منه في يد آخر فهو بينهما نصفان) لأن الزيادة من جنس الحجة فلا توجب زيادة في الاستحقاق .

وفما نحن فيه لم تتحقق يد لواحد من المدعين على ما تقرر آنفا فلم يعرف كون المدعى في أيديهما فلم يتصور القضاء بينهما قضاء الترك أيضا فلم يتيسر التوفيق المذكور ، فكأن صاحب العناية تنبه لهذا فقال : لأن اليد على البساط إما بالنقل والتحويل أو بكونه في بيته ، والجلوس عليه ليس بشيء من ذلك فلا يكون يدا عليه فليس بأيديهما ولا في يدغيرهما وهما يدعيانه على السواء فيترك في أيديهما انتهى حيث ترك ذكر القضاء بينهما وذكر الترك في أيديهما . لكن هذا أيضا لا يخلو عن قصور ، لأن استعمال الترك في اليد يقتضى سبق تحقق اليد ، وهاهنا ليس كذلك كما تبين : فحق الكلام في هذا المقام أن يقال فيجعل في أيديهما : أى يوضع فيها لعدم المنازع لهما كما ذكرته فيما قبل لأنه حينئذ يطابق الشرح المشروح ، ويطابق المقام ما يظهر مما سيجىء في مسألة التنازع في الحائط من الفرق بين محل القضاء بينهما قضاء ترك وبين محل الجعل في أيديهما بلا قضاء . وأيضا لا يتبقى الحاجة حينئذ إلى ما ذكره صاحبها النهاية والعناية وغيرهما من الفرق بين مسئلتنا هذه وبين مسألة الدار إذا تنازعا فيها وكانا قاعدين فيها حيث لا يقضى بها بينهما ولا إلى ما ارتكبوا في وجه الفرق بينهما من التكلف على مالا يخفى على الفطن الناظر في كلامهم . إذ يظهر حينئذ أن حكم كل واحدة من هاتين المسئلتين أن لا يقضى بين المدعين بالمدعى بناء على أن ليس لأحد منهما يد عليه حتى يصير دليل الملك وسبب القضاء ، بل أن يجعل المدعى في أيديهما بلا قضاء لعدم المنازع لهما واستواسهما في الدعوى فتدبر (قال) أى محمد في كتاب القضاء من الجامع الصغير (وإذا كان ثوب في يد رجل وطرف منه في يد آخر فهو بينهما نصفان لأن الزيادة من جنس الحجة) فإن كل واحد منهما متمسك باليد ، إلا أن أحدهما أكثر استمساكا (فلا توجب زيادة في الاستحقاق) يعنى أن مثل تلك الزيادة لا توجب الرجحان ، إذ لا ترجيح بكثرة العلل كما مر ، فصار كما لو تنازعا في بعير ولأحدهما عليه خسون منا وللآخر مائة من كان بينهما نصفين ولا يعتبر التفاوت بالقلة والكثرة ، وكما لو أقام أحدهما الاثنين من الشهود والآخر الأربعة ، وفيه إشارة إلى الفرق بين هذا وبين مسألة القميص التي ذكرت من قبل ، لأن الزيادة هناك ليست من جنس الحجة ، فإن الحجة هي اليد والزيادة هي الاستعمال ، كذا في العناية . ثم إن هذا يدل على أن جميع الثوب لو كان في يد رجل وادعى أنه له كان القول قوله لكن هذا إذا عرف أن مثل هذا الثوب كان له في العادة وإلا فلا ، لأنه ذكر في المحيط والذخيرة ، لو خرج من دار رجل وعلى عاتقه متاع فإن كان هذا الرجل الذي على عاتقه هذا المتاع يعرف ببيعه وحمله فهو له ، وإن لم يعرف بذلك فهو لرب الدار . وفي القدوري : لو أن خياطاً يحيط ثوبا في دار رجل وتنازعا في الثوب فالقول قول صاحب الدار . وفي نوادر ابن سميعة عن أبي يوسف : رجل دخل دار رجل فوجد معه مال فقال رب الدار هذا مالى أخذته من منزلى ، قال أبو حنيفة : القول قول رب الدار ، ولا يصدق الداخل في شيء ما خلا ثيابه التي عليه إن كانت الثياب مما يلبسه . وقال أبو يوسف : إن كان الداخل رجلا يعرف بصناعة شيء من الأشياء بأن كان مثلاً حاملاً يحمل الزيت فدخل وعلى رقبة زق زيت أو كان ممن يبيع ويطوف بالمتاع في الأسواق فالقول قوله ، ولا أصدق قول رب الدار عليه وإلا فلا . فأثبت في هذه المسائل أن صاحب اليد إنما تعتبر يده وإن كانت في المنقولات عند دلالة الدليل على أن ذلك له عادة وإلا فلا ، كذا في النهاية ومعراج الدراية

المدعين ولم يوجد (وإذا كان ثوب في يد رجل وطرف منه في يد آخر فهو بينهما نصفان ، لأن الزيادة من جنس الحجة) فإن كل واحد منهما متمسك باليد إلا أن أحدهما أكثر استمساكا ، ومثل ذلك لا يوجب الرجحان ، كما لو أقام أحدهما شاهدين والآخر أربعة ، وفيه إشارة إلى الفرق بين هذا وبين مسألة القميص ، لأن الزيادة ليست من جنس الحجة ، فإن الحجة هي

بل يجعل في أيديهما ، وفرق ما بين الجعل في أيديهما والقضاء بينهما قضاء الترك كما سيجىء في آخر هذه الورقة .

قال (وإذا كان صبيّ في يد رجل وهو يعبر عن نفسه فقال أنا حرّ فالقول قوله) لأنه في يد نفسه (ولو قال أنا عبد لفلان فهو عبد للذي هو في يده) لأنه أقرّ بأنه لا يد له حيث أقر بالرق (وإن كان لا يعبر عن نفسه فهو عبد للذي هو في يده) لأنه لا يد له على نفسه لما كان لا يعبر عنها وهو بمنزلة المتناع ، بخلاف ما إذا كان يعبر ،

(قال) أي محمد في الجامع الصغير في كتاب القضاء (وإذا كان صبيّ في يد رجل وهو يعبر عن نفسه) أي يعقل فحوى مايجرى على لسانه ، كذا في الكافي . وفي معناه قول الشراح : أي يتكلم ويعقل ما يقول (فقال) أي الصبيّ (أنا حرّ فالقول قوله لأنه في يد نفسه) فكان هو صاحب اليد وكان المدعى خارجا والقول قول صاحب اليد ، وهذا لأن الأصل أن يكون لكل إنسان يد على نفسه إبانة لمعنى الكرامة ، إذ كونه في يد غيره دليل الإهانة ، ومع قيام يده على نفسه لا تثبت يد الغير عليه للتناهي بين اليدين إلا إذا سقط اعتبار يده شرعا فحينئذ تعتبر يد الغير عليه ، وسقوط اعتبار يده قد يكون لعدم أهليته بأن كان صغيرا لا يعبر عن نفسه : أي لا يعقل ما يكون . وقد يكون لثبوت الرق عليه لأن الرق عبارة عن عجز حكى واليد عبارة عن القدرة وبينهما تناف ، فإذا ثبت الضعف انتفت القدرة ، كذا في الكافي (ولو قال أنا عبد لفلان) أي لو قال انصبيّ الذي يعبر عن نفسه أنا عبد لفلان غير ذي اليد وقال الذي في يده إنه عبدي (فهو عبد للذي هو في يده لأنه أقرّ بأنه لا يد له حيث أقرّ بالرق) فكان يد صاحب اليد عليه معتبرة شرعا فكان القول لذي اليد أنه له . ولا تقطع يده إلا بحجة وشهادة العبد ليست بحجة ، كذا في الكافي . فإن قيل : الإقرار بالرق من المضار لا محالة وأقوال الصبيّ فيها غير موجبة وإن كان عاقلا كالطلاق والعناق والهبة والإقرار بالدين فإن الصبيّ أبدا يبعد من المضار ويقرب من المباد . قلنا : الرق ، هاهنا لا يثبت بإقراره بل بدعوى ذي اليد ، إلا أن عند معارضته إياه بدعوى الحرية لا تنقرر يده عليه ، وعند عدمها تنقرر كما في الصبيّ الذي لا يعقل فيكون القول قوله في رقه ، كذا في الشروح (وإن كان) أي الصبيّ (لا يعبر عن نفسه فهو عبد للذي هو في يده لأنه لا يد له على نفسه لما كان لا يعبر عنها) أي عن نفسه (وهو بمنزلة متناع) في أن لا يكون له يد على نفسه فكانت يد صاحب اليد ثابتة عليه شرعا فيكون القول قوله أنه ملكه (بخلاف ما إذا كان يعبر) أي بخلاف ما إذا كان الصبيّ يعبر عن نفسه ولم يقرّ بالرق لما مر . فإن قيل : ما الفرق بين هذا وبين اللقيط الذي لا يعبر عن نفسه فإن الملتقط هناك وهو صاحب اليد لو ادعى أنه عبده لا يصدق وهنا يصدق . قلنا : الفرق هو أن صاحب اليد إنما يصدق في دعوى الرق باعتبار يده ، ويد الملتقط على اللقيط ثابتة من وجه دون وجه لأنها ثابتة حقيقة وليست بثابتة حكما لأن الملتقط أمين في اللقيط ويد الأمين في الحكم يد غيره فإذا كانت ثابتة من وجه دون وجه لم تصح دعواه مع الشك . فإن قيل : وجب أن لا يصدق في دعوى الرق لأن الحرية ثابتة بالأصل في بني آدم إذ الأصل في بني آدم الحرية لأنهم أولاد آدم وحواء عليهما السلام وهما كانا حرتين فكان ما يدعيه من الرق أمرا عارضا فلا يقبل قوله إلا بحجة . قلنا : ماهو الأصل إذا اعترض عليه ما يدل على خلافه يبطل ، واليد على من هذا شأنه دليل على خلاف ذلك الأصل لأنها دليل الملك

اليد والزيادة هي الاستعمال (وإذا كان صبيّ في يد رجل) يدعي رقه فلا يخلو إما أن يكون الصبيّ ممن يعبر عن نفسه أولا ، فإن كان الأول فإن لم ينف فهو عبد ذي اليد ، وإن نفاه فقال أنا حرّ فالقول قوله لأنه أنكر ثبوت اليد عليه وتأيد بالظاهر فيكون في يد نفسه (ولو قال أنا عبد لفلان) غير ذي اليد (فهو عبد ذي اليد لأنه أقر أنه لا يد له على نفسه باقراره بالرق) قيل : الإقرار بالرق من المضار لا محالة ، وأقواله فيها غير موجبة كالطلاق والعناق والهبة والإقرار بالدين . وأجيب بأن الرق لم يثبت

(قوله وإذا كان صبيّ في يد رجل يدعي رقه) أقول : يعني يدعي ذلك الزجل (قوله إما أن يكون الصبيّ ممن يعبر) أقول : أي يتكلم ويفهم مايقال (قوله قيل الإقرار بالرق من المضار لا محالة وأقواله فيها الخ) أقول : بعبق وأقوال الصبيّ فيها غير موجبة الخ . قال للزيليّ : أخذا من النهاية : ولا نسلم أن الإقرار بالرق من المضار لأنه يمكن التدارك بعده بدعوى الحرية ، إذ التناقض فيه لا يمنع صحة الدعوى ، بخلاف الإقرار بالدين انتهى ، لأنه لا يمكن تداركه ، وكذا الطلاق والعناق .

فلوكبر وادعى الحرية لا يكون القول قوله لأنه ظهر الرق عليه في حال صغره ٥ قال (وإذا كان الحائط لرجل عليه جذوع أو متصل ببناؤه ولآخر عليه هراى فهو لصاحب الجذوع والاتصال والهراى ليست بشيء) لأن صاحب الجذوع صاحب استعمال والآخر صاحب تعلق فصار كدابة تنازعا فيها ولأحدهما حمل عليها وللآخر كوز معلق بها ، والمراد بالاتصال مداخله لبن جداره فيه ولبن هذا في جداره وقد يسمى اتصال تربيع ،

فيستل به ذلك الأصل ، كذا في النهاية وغيرها نقلا عن الفوائد الظهيرية (فلوكبر وادعى الحرية لا يكون القول قوله لأنه ظهر الرق عليه في حال صغره) فلا ينقض الأمر الثابت ظاهرا بلا حجة (قال) أى محمد في الجامع الصغير في كتاب القضاء (وإذا كان الحائط لرجل عليه جذوع أو متصل ببناؤه أى أو هو متصل ببناؤه (ولآخر عليه) أى على الحائط (هراى) بفتح الهاء جمع هردية بضمها . وفي المغرب : الهردية عن الليث : قصبات تضم ملوية بطاقات من الكرم يرسل عليها قضبان الكرم . وقال ابن السكيت : هو الحردى ولا تقل هردى انتهى . وفي الصحاح : الحردى من القصب نبطى معرب ولا تقل هردى انتهى . وصحح في الديوان الهاء والحاء جميعا . وكذا القاموس . قال في غاية البيان : الرواية في الأصل والكافي للحاكم الشهيد بالحاء وفي الجامع الصغير وشرح الكافي وقعت بالحاء لا غير انتهى (فهو) أى الحائط (لصاحب الجذوع والاتصال ، والهراى ليست بشيء لأن صاحب الجذوع صاحب استعمال) أى هو صاحب استعمال للحائط بوضع الجذوع عليه لأن الحائط إنما يبنى للتسقيف وإذا بوضع الجذوع عليه (والآخر) يعنى صاحب الهراى (صاحب تعلق) لا صاحب استعمال لأن الحائط لا يبنى لوضع الهراى عليه والاستعمال يد ، وعند تعارض الدعويين القول قول صاحب اليد (فصار) أى فصار الحائط في مسئلتنا هذه (كدابة تنازعا فيها ولأحدهما حمل وللآخر كوز معلق) فإنها تكون لصاحب الحمل دون صاحب الكوز كذا هاهنا (والمراد بالاتصال) أى المراد بالاتصال المذكور في قوله أو متصل ببناؤه (مداخله لبن جداره) أى جدار صاحب البناء (فيه) أى في الحائط المتنازع فيه (ولبن هذا) أى ومداخله لبن هذا : أى الحائط المتنازع فيه (في جداره) أى في جدار صاحب البناء (وقد يسمى اتصال تربيع) أى ويسمى اتصال مداخله لبن اتصال تربيع ، وتفسير التربيع إذا كان الحائط من مدر أو آجر أن تكون أنصاف لبن الحائط المتنازع فيه داخله في أنصاف لبن غير المتنازع فيه وأنصاف لبن غير المتنازع فيه داخله

بإقراره بل بدعوى ذى اليد ، إلا أن عند معارضته إياه بدعوى الحرية لا تتقرر يده عليه ، وعند عدمها تتقرر فيكون القول حينئذ قوله في رقه كالذى لا يعقل إذا كان في يده ، وإن كان الثانى فهو عبد للذى في يده ، لأنه لما كان لا يعبر عن نفسه كان كتاع لا يد له على نفسه . واعتراض بالملتقط إذا ادعى رق لقيط لا يعبر عن نفسه فإنه لا يكون عبده ، وبأن الرق من العوارض إذ الأصل الحرية وهو يدفع العارض ، فكان الواجب أن لا يصدق ذواليد إلا بحجة . وأجيب عن الأول بأن فرض الالتقاط يضعف اليد لأن الملتقط أمين في القيط ويد الأمين في الحكم يد غيره فكانت ثابتة من وجه دون وجه فلا يثبت بها الرق . وعن الثانى بأن الأصل يترك بدليل يدل على خلافه واليد على من ذلك شأنه لكونه بمنزلة المتاع دليل الملك فيترك به الأصل ، فلوكبر وادعى الحرية لم يكن القول قوله لظهور الرق عليه في حال صغره . قال (وإذا كان الحائط لرجل الخ) وإذا كان الحائط لرجل عليه جذوع أو متصل ببناؤه ولآخر عليه هراى جمع هردية وهى قصبات تضم ملوية بطاقات من الكرم يرسل عليها قضبان الكرم ، ذكره في المغرب عن الليث ، يقال له بالقارسية وردوك (فهو) أى الحائط (لصاحب الجذوع والاتصال والهراى ليس بشيء ، لأن صاحب الجذوع صاحب استعمال والآخر صاحب تعلق به ، فصار كدابة تنازعا فيها ولأحدهما حمل وللآخر كوز معلق بها ، والمراد بالاتصال) المذكور في قوله أو متصل ببناؤه (مداخله لبن جداره فيه ولبن هذا في جداره ، وقد يسمى اتصال تربيع) وتفصيل التربيع إذا كان الحائط من مدر أو آجر أن تكون

(قال المصنف : أو متصل ببناؤه) أقول : في صحة اللطف تأمل .

وهذا شاهد ظاهر لصاحبه لأن بعض بنائه على بعض بناء هذا الحائط .

في المتنازع فيه ، وإن كان من خشب فالتربيع أن تكون ساحة أحدهما مركبة في الأخرى ، وأما إذا ثقب فأدخل لا يكون تربيعا ، كذا في غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الإسلام . وفي النهاية وغيرها نقلا عن الذخيرة قال صدر الشريعة : وإنما سمي هذا اتصال التريبع لأنهما إنما يبنيان ليعيطا مع جدارين آخرين بمكان مربع انتهى . وكان الكرخي يقول : صفة هذا الاتصال أن يكون الحائط المتنازع فيه متصلا بحائطين لأحدهما من الجانبين جميعا والحائطان متصلان بحائط له بمقابلة الحائط المتنازع فيه حتى يصير مربعا شبه القبة فحينئذ يكون الكل في حكم شيء واحد . والمروى عن أبي يوسف أن اتصال جانبي الحائط المتنازع فيه بحائطين لأحدهما يكفي ، ولا يشترط اتصال الحائطين بحائط له بمقابلة الحائط المتنازع فيه ، وعليه أكثر مشايخنا لأن الرجحان يقع بكون ملكه محيطا بالحائط المتنازع فيه من الجانبين وذلك يتم بالاتصال بجانب الحائط المتنازع فيه ، كذا في شرح الكنز للإمام الزيلعي . وفي شرح الهداية لتاج الشريعة (وهذا) أى اتصال التريبع (شاهد ظاهر لصاحبه لأن بعض بنائه) أى بعض بناء صاحبه (على بعض هذا الحائط) أى على بعض هذا الحائط المتنازع فيه بالاتصال فصار الكل في حكم حائط واحد بهذا النوع من الاتصال ، وبعضه متفق عليه لأحدهما فبردت المختلف فيه إلى المتفق عليه ، ولأن الظاهر أنه هو الذى بناه مع حائطه فداخله أنصاف اللبن لا تنصوّر إلا عند بناء الجائطين معا فكان هو أولى ، كذا ذكره صاحب النهاية وعزاه إلى المبسوط . أقول : بقى هاهنا كلام ، وهو أن المصنف حمل المراد بالاتصال المذكور في مسئلتنا هذه على اتصال التريبع ، وتبعه في هذا عامة ثقات المتأخرين كصاحب الكافي والإمام الزيلعي وشراح الهداية قاطبة وغيرهم ، حتى أن كثيرا من أصحاب المتون صرحوا بتقييد الاتصال هاهنا بالتريبع منهم صاحب الوقاية حيث قال : والحائط لمن جذوعه عليه أو متصل ببنائه اتصال تريبع لا لمن له عليه هرادى انتهى . ولكن لم يظهر لي وجه هذا التقييد هاهنا لأن معنى مسئلتنا هذه أن صاحب الجذوع أولى من صاحب الهرادى ، وكذا صاحب الاتصال أولى من صاحب الهرادى . وفي الحكم يكون صاحب الاتصال أولى من صاحب الهرادى لا احتياج إلى تقييد الاتصال بالتريبع ، بل كل واحد من ضربى الاتصال : أعنى اتصال التريبع واتصال الملازمة مشتركان في هذا الحكم فإن الهرادى مما لا اعتبار له أصلا بل هي في حكم المعدم ، حتى لو تنازعا في حائط ولأحدهما عليه هرادى وليس للآخر شيء فهو بينهما على ما سيأتى في الكتاب . وقد ذكر في معتبرات الفتاوى أنه إذا كان لأحدهما اتصال ملازمة ولم يكن للآخر اتصال ولا جذوع فهو لصاحب الاتصال ، فقال في الذخيرة : وذكر هذا أيضا في النهاية نقلا عن الذخيرة . أما إذا كان الحائط المتنازع فيه متصلا ببنائهما إن كان اتصاهما اتصال تريبع أو اتصال ملازمة فإنه يقضى بينهما نصفين لأنهما استويا في الدعوى والاتصال ، وأما إذا كان اتصال أحدهما اتصال تريبع واتصال الآخر اتصال ملازمة فصاحب التريبع أولى ، لأن صاحب التريبع مستعمل للحائط المتنازع فيه ، لأن قوام حائطه بقدر التريبع بالحائط المتنازع فيه لما ذكرنا من تفسير التريبع ، فكان لصاحب التريبع على ذلك التفسير مع الاتصال نوع استعمال ، وللآخر مجرد اتصال من غير استعمال فيكون الاتصال مع الاستعمال أولى فكان بمنزلة الراكب على الدابة والمتعلق بالجام ، ولو كان لأحدهما اتصال ملازمة أو اتصال تريبع وليس للآخر اتصال ولا له عليه جذوع فإنه يقضى لصاحب الاتصال لأنهما استويا في حق الاتصال بالأرض المملوكة ولأحدهما زيادة اتصال من خلاف الجنس الأول وهو الاتصال بالبناء فيترجح على الآخر انتهى . وقال في البدائع : ولو كان الحائط متصلا ببناء إحدى الدارين اتصال التزاق وارتباط فهو لصاحب الاتصال لأنه كالمعلق به ، ولو كان لأحدهما اتصال التزاق وللآخر جذوع فصاحب الجذوع أولى لأنه مستعمل للحائط ولا استعمال من صاحب الاتصال ، ولو كان لأحدهما اتصال التزاق وارتباط وللآخر اتصال تريبع فصاحب التريبع أولى ، لأن اتصال التريبع أقوى من اتصال التزاق ، ولو كان

أنصاف لبن الحائط المتنازع فيه داخله في أنصاف لبن غير المتنازع فيه وبالعكس ، وإن كان من خشب فالتربيع أن تكون ساحة أحدهما مركبة في الأخرى ، وأما إذا ثقب فأدخل فلا يكون تربيعا (وهذا شاهد ظاهر لصاحبه لأن بعض بنائه على بعض بناء هذا الحائط) ومن هذا يعلم أن من الاتصال ما يكون اتصال مجاورة وملازمة وعند التعارض اتصال التريبع أولى

وقوله الهراذى ليست بشئ ٤ يدل على أنه لا اعتبار للهراذى أصلا، وكذا البوارى لأن الحائط لا تبني لها أصلا حتى لو تنازعا في حائط ولأحدهما عليه هراذى وليس للآخر عليه شئ ٥ فهو بينهما (ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلاثة فهو بينهما) لاستوائهما ولا معتبر بالأكثر منها بعد الثلاثة

لأحدهما اتصال تربيع وللآخر الجذوع فالحائط لصاحب التربيع ولصاحب الجذوع حق وضع الجذوع انتهى . فتلخص من هذا كله أن فائدة تقيد الاتصال بالتربيع إنما تظهر لو كان للآخر اتصال ملازمة كما ذكر في الذخيرة ، أو كان للآخر جذوع كما ذكر في البدائع ، وأما إذا كان للآخر هراذى كما فيها نحن فيه فلا فائدة في ذلك التقيد بل فيه إخلال بعموم جواب المسئلة كما تبين مما ذكرناه فتنبه ، فإن كشف القناع عن وجه هذا المقام مما تفردت به بعون الملك العلام (وقوله الهراذى ليست بشئ ٥) أى قول محمد في الجامع الصغير الهراذى ليست بشئ ٥ (يدل على أنه لا اعتبار للهراذى أصلا) بل هي في الحكم المعدم (وكذا البوارى لأن الحائط لا يبني لها أصلا) أى لأن الحائط لا يبني لأجل الهراذى والبوارى ، لأنه إنما يبني للتسقيف وذلك بوضع الجذوع عليه لا بوضع الهراذى والبوارى ، وإنما توضع الهراذى والبوارى للاستظلال والحائط لا يبني له (حتى لو تنازعا في حائط ولأحدهما عليه هراذى وليس للآخر شئ ٥ فهو بينهما) معناه : إذا عرف كونه في أيديهما قضى بينهما قضاء ترك ، وإن لم يعرف كونه في أيديهما وقد ادعى كل واحد منهما أنه ملكه وفي يديه يجعل في أيديهما لأنه لا منازع لهما لا أنه يقضى بينهما كذا في العناية وكذا في النهاية نقلنا عن الذخيرة . ويعرف منه الفرق بين قضاء الترك والجعل في اليد بقضاء كما نبهنا عليه فيما مر فلا تغفل عنه (ولو كان لكل واحد منهما جذوع ثلاثة) أى لو كان لكل واحد من المدعين على الحائط جذوع ثلاثة (فهو بينهما لاستوائهما) أى في أصل العلة . وهو أن يكون لكل واحد منهما عمل مقصود ببنى الحائط لأجله وفي نصاب الحجة وهو الثلاثة لأنها أقل الجمع (ولا معتبر) أى ولا اعتبار (بالأكثر منها) أى من الجذوع (بعد الثلاثة) لأن الزيادة من جنس الحجة فإن الحائط يبني للجذوع الثلاثة كما يبني لأكثر منها . قال في معراج الدراية : وقوله ولا معتبر بالأكثر منها : أى من الثلاثة . أقول : تفسيره ليس بسديد ؛ أما أولا فلأنه يقتضى أن يكون كلمة (من) في قوله منها تفضيلية فيلزم اجتماع لام التعريف ومن التفضيلية في اسم التفضيل وهو لا يجوز على ما عرف في موضعه . وأما ثانيا فلأنه يستلزم أن يكون قوله بعد الثلاثة لغوا ، لأن ما هو أكثر من الثلاثة لا يكون إلا بعد الثلاثة ، فالصواب أن كلمة من هاهنا تبينية لا تفضيلية ، وأن ضمير منها راجع إلى الجذوع كما أشرنا إليه فيما مر آنفا لا إلى الثلاثة ، فيصير المعنى ولا اعتبار بالأكثر الكائن من جنس الجذوع بعد الثلاثة فلا يلزم

(وقوله الهراذى ليست بشئ ٥) يعنى قول محمد في الجامع الصغير (يدل على أنه لا اعتبار للهراذى أصلا ، وكذا البوارى لأن الحائط لا يبني لها أصلا) لأنه إنما يبني للتسقيف وذلك بوضع الجذوع لا الهراذى والبوارى ، وإنما يوضعان للاستظلال والحائط لا يبني له (حتى لو تنازعا في حائط ولأحدهما عليه هراذى وليس للآخر عليه شئ ٥ قضى به بينهما) ومعناه إذا عرف كونه في أيديهما قضى بينهما قضاء ترك ؛ وإن لم يعرف كونه في أيديهما وقد ادعى كل واحد منهما أنه ملكه وهو في يده يجعل في أيديهما لأنه لا منازع لهما لا أنه يقضى بينهما (ولو كان لكل واحد منهما جذوع ثلاثة فهو بينهما لاستوائهما ، ولا معتبر بالأكثر منها بعد الثلاثة

(قوله ومعناه إذا عرف كونه في أيديهما قضى بينهما قضاء ترك) أقول : فإذا ادعاء ثالث لا تطلب منه البينة على أنه في أيديهما ليصير خصما له لمعرفة القاضى بذلك ، وإذا ترافعا إلى قاض آخر فأقام المدعى البينة بقضاء القاضى الأول بينهما قضاء ترك يكونان خصما له (قوله يجعل في أيديهما لأنه لا منازع لهما) أقول : فإذا ادعاء ثالث بطلب منه بينة على أنه في أيديهما حتى يصير خصما له ، وإذا كان القاضى الذى ترافعا إليه غير القاضى الأول لتسمع خصومة الثالث بإقامة البينة على أن القاضى الأول جعله في أيديهما فليتدبر (قال المصنف : ولا معتبر بأكثر منها بعد الثلاثة) أقول : من هذه هي التبينية لا الداخلة على المفضل عليه فلا يلزمه الجمع بين الألف واللام ومن التفضيلية . وفي بعض النسخ بأكثر منها فن حيفه تفصيلية .

(وإن كان جذوع أحدهما أقل من ثلاثة فهو لصاحب الثلاثة وللآخر موضع جذعه) في رواية ، وفي رواية لكل واحد منهما ماتحت خشبته ، ثم قيل ما بين الخشب بينهما . وقيل على قدر خشبهما ، والقياس أن يكون بينهما نصفين لأنه لا معتبر بالكثرة في نفس الحجة . وجه الثاني

شيء من المحذورين المذكورين (وإن كان جذوع أحدهما أقل من ثلاثة فهو) أي الحائط كله (لصاحب الثلاثة وللآخر) أي ولصاحب الجذع الواحد أو الاثنين (موضع جذعه في رواية) وهي رواية كتاب الإقرار من الأصل حيث قال فيه : الحائط كله لصاحب الأجداع ولصاحب القليل ماتحت جذعه . قالوا : يريد به حق الوضع . وقال في النهاية : ثم اعلم أن هذا فيما إذا ثبت ملكه بسبب العلامة وهي الجذوع الثلاثة لا بالينة ، أما إذا ثبت بالينة كان لصاحب الملك أن يمنع صاحب الجذع الواحد من وضع جذعه على جداره كذا في المبسوط وغيره انتهى (وفي رواية) وهي رواية كتاب الدعوى من الأصل (لكل واحد منهما ماتحت خشبته) حيث قال فيه : إن الحائط بينهما على قدر الأجداع ، وجعل في المحيط ما ذكر في كتاب الإقرار أصبح . وقال قاضيخان : والصحيح أن ذلك الموضع يكون ملكا لصاحب الخشبة كما ذكر في الدعوى : كذا في التبيين للإمام الزليعي (ثم قيل) أي على هذه الرواية : يعني اختلف المشايخ على رواية كتاب الدعوى في حكم ما بين الخشب قليل (ما بين الخشب بينهما) أي يكون بين المدعين نصفين لاستوائهما في ذلك كما في الساحة المشتركة بين صاحب بيت وصاحب أبيات على ما سبذكر (وقيل على قدر خشبهما) أي وقيل ما بين الخشب يكون على قدر خشبهما اعتبارا لما بين الخشبات بما هو تحت كل خشبة ، ثم إن هذين القولين موافقان لما ذكر في الذخيرة . وقال في المبسوط في موضع القيل الأول : وأكثرهم على أنه يقضى به لصاحب الكثير ، لأن الحائط يبنى للخشبات واحدة (والقياس أن يكون بينهما نصفين) هذا ناظر إلى قوله فهو لصاحب الثلاثة إلى آخره : يعني أن ذلك استحسانا . والقياس أن يكون الحائط بين صاحب الجذع والجذعين وبين صاحب الثلاثة نصفين ، وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله كما ذكر في الكافي وغيره (لأنه لا معتبر) أي لا اعتبار (بالكثرة في نفس الحجة) يعني أنها استويا في أصل الاستعمال والزيادة من جنس الحجة والترجيح لا يقع بها كما تقدم ، ولكنهم استحسنوا على الروايتين المذكورتين ولم يجعلوا بينهما نصفين ، كذا في العناية وغيرها (وجه الثاني) يعني وجه الرواية الثانية وهي قوله لكل واحد منهما ماتحت خشبته ، ولكن ذكر الثاني إما بتأويل المصدر الذي هو الرواية بالفعل وأن كما هو المشهور في نظائرها ، وإما

لأن الزيادة من جنس الحجة ، فإن الحائط يبنى للجذوع الثلاثة كما يبنى لأكثر منها (وإن كان جذوع أحدهما أقل من ثلاثة فهو لصاحب الثلاثة وللآخر موضع جذعه في رواية) كتاب الإقرار حيث قال فيه : الحائط كله لصاحب الأجداع ، ولصاحب القليل ماتحت جذعه يريد به حق الوضع فهو مصدر ميمي وقد أشار إليه المصنف (وفي رواية) كتاب الدعوى (لكل واحد منهما ماتحت خشبته) حيث قال فيه : إن الحائط بينهما على قدر الأجداع فيكون لصاحب الجذع موضع جذعه مع أصل الحائط ، وعلى هذه الرواية قيل : ما بين الخشب يكون بينهما لاستوائهما في ذلك كما في الساحة المشتركة بين صاحب بيت وصاحب أبيات كما نذكره (وقيل) يكون ذلك (على قدر خشبهما) وهذا موافق لما ذكر في الذخيرة . وقال في المبسوط في موضع القيل الأول : وأكثرهم على أنه يقضى به لصاحب الكثير ، لأن الحائط يبنى لعشر خشبات واحدة (قوله والقياس) رجوع إلى قوله فهو لصاحب الثلاثة الخ : يعني ذلك استحسانا ، والقياس (أن يكون) الحائط بين صاحب الجذع والجذعين وبين صاحب الأكثر (نصفين) لأنها استويا في أصل الاستعمال ، والزيادة من جنس الحجة والترجيح لا يقع بها كما تقدم ولكنهم استحسنوا على الروايتين المذكورتين (وجه الرواية الثانية) وهو قوله لكل واحد منهما ماتحت خشبه

(قوله فهو مصدر ميمي) أقول : قوله هو راجع إلى موضع في قوله وللآخر موضع جذعه (قوله وقد أشار إليه المصنف) أقول : بقوله فهو لصاحب الثلاثة (قوله لأن الحائط الخ) أقول : وفي تأخير المصنف دليل القيل الأول إشارة إلى رجوعه على ما هو دأبه وعادته (قال المصنف : وجه الثاني

أن الاستعمال من كل واحد بقدر خشبته . ووجه الأول أن الحائط يبنى لوضع كثير الجذوع دون الواحد والمثنى فكان الظاهر شاهدا لصاحب الكثير ، إلا أنه يبقى له حق الوضع لأن الظاهر ليس بحاجة في استحقاق يده (ولو كان لأحدهما جذوع وللآخر اتصال فالأول (أولى) ويروى الثاني أولى . وجه الأول أن لصاحب الجذوع التصرف ولصاحب الاتصال اليد والتصرف أقوى .

بتأويل الرواية بالنقل أو القول (أن الاستعمال من كل واحد بقدر خشبته) والاستحقاق بحسب الاستعمال . قال بعض الفضلاء لم يظهر منه جواب وجه القياس . أقول : يظهر ذلك بالتأمل فيه فإن المراد أن الاستعمال من كل واحد مختص بقدر خشبته . وما تحت خشبته لا يعدو الغير فلم يكونا مستعملين بشيء واحد مع زيادة استعمال أحدهما ، بل كان كل واحد مستعملا لما كان تحت خشبته فقط فكانت حجة كل واحد قائمة على غير ما قامت عليه حجة الآخر فلم يكن الأمر من قبيل الترجيح بالكثرة في نفس الحجة ، لأن هذا فيما إذا اتحد محل الحجتين ، ويرشد إليه ما ذكره صاحب النهاية حيث قال : وأما وجه رواية كتاب الدعوى أن الحائط إذا كان يستحق بوضع الجذع فذلك الموضع الذي هو مستحق مشغول بجذعه في يده حقيقة باعتبار الاستعمال وقد انعدم دليل الاستعمال في الباقي فيثبت لكل واحد منهما الملك فيما تحت خشبته لوجود سبب الاستحقاق له في ذلك الموضع فصار هذا كالدار الواحدة إذا كان فيها أحد عشر منزلا : عشرة منها في يد رجل ، وواحد في يد رجل ، وتنازعا في الدار ، فإنه يقضى لكل واحد منهما بما في يده كذا ها هنا ، (ووجه الأول) أى وجه الرواية الأولى وهى قوله فهو لصاحب الثلاثة وتذكير الأول لمثل ما ذكرناه في الثاني (أن الحائط يبنى لوضع كثير الجذوع دون الواحد والمثنى) بناء على أن الحائط يبنى للتسقيف ، والتسقيف لا يحصل بخشبة ولا بخشبتين وإنما يحصل بالخشبة والخشبتين أسطوانة وأسطوانتان (فكان الظاهر شاهدا لصاحب الكثير ، إلا أنه يبقى له حق الوضع) أى يبقى لصاحب الأقل حق وضع جذعه (لأن الظاهر ليس بحاجة في استحقاق يده) يعنى أن حكمنا بالحائط لصاحب الأكثر بالظاهر ، وهو يصلح حجة للدفع دون الاستحقاق فلا يستحق به صاحب الأكثر يد صاحب الأقل حتى يرفع خشبته الموضوعه ، ومن الجائز أن يكون أصل الحائط لرجل ويثبت للآخر حق الوضع ، فإن القسمة لو وقعت على هذا الوجه لكان جائزا . ثم اعلم أن ما اختاره المصنف من جعل الجذعين كجذع واحد هو قول لبعض المشايخ باعتبار أن التسقيف بهما نادر كجذع واحد . وقال بعضهم : الخشبتان بمنزلة الثلاث لإمكان التسقيف بهما ، كذا في العناية وغيرها (ولو كان لأحدهما اتصال وللآخر جذوع) وفى بعض النسخ لأحدهما جذوع وللآخر اتصال فعلى الأولى وقع في الدليل بوجه الأول ، وعلى الثانية وقع فيه وجه الثاني ، كذا في العناية . وقال صاحب النهاية : ومن يحدو حدوه من الشراح ما في النسخة الأولى هو الصحيح ليكون الدليل موافقا للمدعى ، وما في الثانية ليس بصحيح لأن الدليل لا يوافق ذلك الترتيب فكأنهم لم يصلوا إلى نسخة وقع ذكر الدليل فيها وجه الثاني فنتبع (فالأول أولى ، ويروى أن الثاني أولى ، وجه الأول أن لصاحب الجذوع التصرف ولصاحب الاتصال اليد والتصرف أقوى) لأنه المقصود باليد ، كذا في الكافي ، ولأن التصرف

(أن الاستعمال من كل واحد منه بقدر خشبته) والاستحقاق بحسب الاستعمال (ووجه الأول أن الحائط يبنى لوضع الكثير دون الواحد والمثنى فكان الظاهر شاهدا لصاحب الكثير ، إلا أنه يبقى له حق الوضع لأن الظاهر ليس بحاجة في استحقاق يده) فلا يستحق به رفع الخشبة الموضوعه ، إذ من الجائز أن يكون أصل الحائط لرجل ويثبت للآخر حق الوضع عليه ، فإن القسمة لو وقعت على هذا الوجه كان جائزا . واعلم أن ما اختاره المصنف من جعل الجذعين كجذع واحد هو قول بعض المشايخ باعتبار أن التسقيف بهما نادر كجذع واحد . وقال بعضهم : الخشبتان بمنزلة الثلاث لإمكان التسقيف بهما (ولو كان لأحدهما اتصال وللآخر جذوع) وفى بعض النسخ : لأحدهما جذوع وللآخر اتصال ، وعلى الأولى وقع في الدليل بوجه الأول وعلى الثانية وجه الثاني ، ومعناه : إذا تنازع صاحب الجذوع واتصال الترييع في أحد طرفي الحائط المتنازع فيه (فالأول أولى)

أن الاستعمال (الخ) أقول : لم يظهر منه جواب وجه القياس (قوله وعلى الثانية وجه الثاني) أقول : يعنى في بعض النسخ ، وإلا ففى بعضها وقع .

وجه الثاني أن الحائطين بالاتصال يصيران كبناء واحد ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بأكمله ثم يبقى للآخر حق وضع جذوعه لما قلنا ، وهذه رواية الطحاوى وصححها الجرجاني . قال (وإذا كانت دار منها في يدرجل عشرة أبيات وفي يد آخر بيت فالساحة بينهما نصفان) لاستوائهما في استعمالها

لا يكون بدون اليد ، واليدان إذا تعارضا سلم التصرف عن المعارض فصلح مرجحا ، كذا في شرح تاج الشريعة ، ورجح هذه الرواية شمس الأئمة السرخسى (وجه الأول) وفي بعض النسخ : وجه الثاني (أن الحائطين بالاتصال يصيران كبناء واحد ، ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بأكمله) أقول : يرد عليه منع قوله ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بأكمله لجواز أن يقضى ببعض الشيء الواحد لرجل ويبعضه الآخر لرجل آخر ، إما بالتجزئة إن قبل القسمة أو بالشيوع إن لم يقبلها ، كيف ولو أثبت صاحب الجذوع بالبيئة كون الحائط المتنازع فيه ملكه قضى له به بلا شبهة مع بقاء الحائط الآخر في ملك صاحب الاتصال ، فلو تمت تلك الضرورة لما جاز هذا القضاء وكان صاحب العناية تنبه لهذا وقصد دفعه فعلم قول المصنف ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بأكمله بقوله لعدم القائل بالاشتراك . ولكن يرد عليه أيضا أنه إن أراد بعدم القائل بالاشتراك عدم القائل به من المتنازعين فهو ممنوع ، لأن صاحب الجذوع قائل به ، فإنه يدعى أن الحائط المتنازع فيه له ، ويعترف بأن الحائط الآخر المتصل به لصاحب الاتصال ، فيصير البناء المركب من هذين الحائطين مشتركا بينهما عنده ، وإن أراد بذلك عدم القائل به من المجتهدين فهو أيضا ممنوع ، فإن من يقول بكون الحائط المتنازع فيه لصاحب الجذوع على ما هو موجب لإحدى الروايتين يقول بكون البناء المركب من هذا الحائط والحائط المتصل به مشتركا بين صاحب الجذوع وصاحب الاتصال قطعا (ثم يبقى للآخر حق وضع جذوعه) أى على رواية أن الحائط المتنازع فيه لصاحب الاتصال (لما قلنا) إشارة إلى قوله لأن الظاهر ليس بحاجة في استحقاق يده ، حتى قالوا : لو أثبت ذلك بالبيئة أمر برفع الجذوع لكون البيئة حجة مطلقة صالحة للدفع والاستحقاق (وهذه) أى رواية أن صاحب الاتصال أولى (رواية الطحاوى وصححها الجرجاني) وهو الفقيه أبو عبد الله المرشد ، ورجحها بالسبق لأن الترتيب يكون حالة البناء وهو سابق على وضع الجذوع فكان يده ثابتا قبل وضع الآخر الجذوع فصار نظير سبق التاريخ . كذا ذكره الإمام الزبلى في التبيين . ثم اعلم أن الاتصال الذى وقع الاختلاف في ترجيح صاحبه على صاحب الجذوع أو على العكس هو الاتصال الذى وقع في أحد طرفي الحائط المتنازع فيه ، وأما إذا وقع اتصال الترتيب في طرفيه فصاحب الاتصال أولى ، وعلى هذا عامة المشايخ ، كذا في النهاية نقلا عن الفوائد الظهيرية . وقال في الذخيرة : وإن كان الاتصال في طرف واحد ذكر شيخ الإسلام أن صاحب الاتصال أولى ، وبه أخذ الطحاوى والشيخ الفقيه أبو عبد الله المرشد . وذكر شمس الأئمة السرخسى أن صاحب الجذوع أولى وقال فيها قبل هذا : فإن كان الاتصال في طرفي الحائط المتنازع فيه فصاحب الاتصال أولى به ، وعليه عامة المشايخ ، وهكذا روى عن أبي يوسف في الأمالي ، كذا في النهاية وغيرها (قال) أى محمد في الجامع الصغير (وإذا كانت دار منها في يدرجل عشرة أبيات وفي يد آخر بيت فالساحة بالحاء المهملة ، وهى عرصة في الدار وبين يديها ، كذا في معراج الدراية (بينهما نصفان لاستوائهما في استعمالها) أى استعمال لأنه صاحب التصرف وصاحب الاتصال صاحب اليد والتصرف أقوى ، ومن روجه شمس الأئمة السرخسى . ويرى أن الثانى أولى لأن الحائطين بالاتصال صارا كبناء واحد ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بأكمله لعدم القائل بالاشتراك ، ثم يبقى للآخر حق وضع جذوعه لما قلنا إن الظاهر ليس بحاجة في الاستحقاق حتى لو ثبت ذلك بالبيئة أمر برفعها لكونها حجة مطلقة ، وهذا رواية الطحاوى وصححها الجرجاني ، ولو كان الاتصال بطرفي الحائط المتنازع فيه كان صاحب الاتصال أولى على اختيار عامة المشايخ ، وهكذا روى عن أبي يوسف في الأمالي (وإذا كان في يدرجل عشرة أبيات) من دار (وفي يد آخر بيت واحد فالساحة بينهما نصفين لاستوائهما في استعمالها)

وعلى الثانية وجه الأول ، ولهذا صحح صاحب النهاية النسخة الأولى دون الثانية قائلا بأن الدليل لا يوافق ذلك الترتيب (قوله لعدم القائل بالاشتراك) أقول : فيه بحث .

وهو المرور فيها . قال (وإذا ادعى رجلان أرضاً) يعنى يدعى كل واحد منهما (أنها في يده لم يقض أنها في يد واحد منهما حتى يقيما البينة أنها في أيديهما) لأن اليد فيها غير مشاهدة لتعذر إحضارها وما غاب عن علم القاضى فالبينة تثبته

الساحة (وهو المرور فيها) ووضع الأمتعة وصبّ الوضوء وكسر الحطب وما أشبه ذلك ، فلما كانا في ذلك سواء كانا في استحقاق الساحة أيضاً سواء ، ولعل مرور صاحب القليل أكثر من مرور صاحب الكثير لزمانة صاحب الكثير وكون صاحب القليل ولاجا خراجاً . على أنا نقول : الترجيح لا يقع بكثرة ما هو من جنس العلة وصار هذا كالطريق يستوى فيه صاحب الدار والمنزل والبيت وإن كان بعضها أكثر من بعض ، وهذا لأن الاستحقاق باعتبار أصل اليد كذا في النهاية ومعراج الدراية أخذنا من الكافي ، وطولب بالفرق بين ما إذا تنازعا في ثوب في يد أحدهما جميع الثوب وفي يد الآخر هدبه حيث يلغى صاحب الهدب ، وما إذا تنازعا في مقدار الشرب حيث يقسم بينهما على قدر الأراضي وبين ما نحن فيه حيث جعلت الساحة بينهما مشتركة . أوجب بأن الهدب ليس بثوب لكون الثوب اسماً للمنسوج فكان جميع المدعى في يد أحدهما والآخر كالأجنبي عنه فألغى والشرب تحتاج إليه الأراضي دون الأرباب ، فبكثرة الأراضي كثر الاحتياج إلى الشرب فيستدل به على كثرة حق له فيه ، وأما في الساحة فالاحتياج للأرباب وهما فيه سواء ، فاستويا في الاستحقاق ، فصار هذا نظير تنازعهما في سعة الطريق وضيقه حيث يجعل بينهما على قدر عرض باب الدار ، كذا في العناية وإلى هذا أشار الإمام المحبوبي والإمام الترمذى ، كما صرح به في النهاية ومعراج الدراية (قال) أى محمد في كتاب القضاء من الجامع الصغير (وإذا ادعى رجلان أرضاً ، يعنى يدعى كل واحد منهما أنها في يده لم يقض أنها في يد واحد منهما حتى يقيما البينة أنها في أيديهما) أقول : في عبارة الكتاب هاهنا مسامحة ، وكان الظاهر أن يقال : حتى يقيم البينة أنها في يده ، لأن القضاء بأنها في يد واحد منهما إنما يتوقف على إقامة كل واحد منهما البينة أنها في يده لا على إقامتهما البينة أنها في أيديهما ، وإنما المتوقف عليها القضاء بأنها في أيديهما معاً كما لا يخفى ، وسيتجلى من التفصيل الآتى في الكتاب ، ولقد أحسن صاحب الكافي هاهنا حيث قال : لم يقض بأنها في يد أحدهما إلا بالبينة انتهى . فإن هذه كلمة جامعة هاهنا (لأن اليد فيها) أى في الأرض (غير مشاهدة لتعذر إحضارها) فقد غاب عن علم القاضى (وما غاب عن علم القاضى) أى والذي غاب عن علمه (فالبينة تثبته) فلا بد من إقامة البينة عليه حتى يمكن القضاء به ، ولأنه جاز أن تكون في يد غيرهما ؛ ولو قضى لهما أو لأحدهما باليد لأبطل حق صاحب اليد بلا حجة وأنه لا يجوز ، كذا في الكافي . قال في الفوائد الظهيرية هاهنا مسألة غفل عنها القضاة ، وهى أنه لو ادعى أرضاً والمدعى عليه يزعم أنها في يده وأقام المدعى بينة على الملك فالقاضى لا يقضى ببينته لجواز أن تكون الأرض في يد ثالث والمدعى والمدعى عليه تواصعا على ذلك ، وهذه حيلة لجعلها للقاضى في يد أحدهما ،

وهو المرور) وصبّ الوضوء وكسر الحطب ووضع الأمتعة وغيرها ، ولا معتبر بكون أحدهما خراجاً ولاجا دون الآخر ، لأنه ترجيح بما هو من جنس العلة ، وطولب بالفرق بين ما إذا تنازعا في ثوب في يد أحدهما جميع الثوب وفي يد الآخر هدبه حيث يلغى صاحب الهدب ، وإذا تنازعا في مقدار الشرب حيث يقسم بينهما على قدر الأراضي وبين ما نحن فيه حيث جعلت الساحة بينهما مشتركة . وأوجب بأن الهدب ليس بثوب لكونه اسماً للمنسوج فكان جميع المدعى في يد أحدهما والآخر كالأجنبي عنه فألغى ، والشرب تحتاج إليه الأراضي دون الأرباب ، فبكثرة الأراضي كثر الاحتياج إلى الشرب فيستدل به على كثرة حق له فيه . وأما في الساحة فالاحتياج للأرباب وهما فيه سواء فاستويا في الاستحقاق فصار هذا نظير تنازعهما في سعة الطريق وضيقه حيث يجعل بينهما على قدر عرض باب الدار . قال (وإذا ادعى رجلان أرضاً الخ) إذا ادعى رجلان أرضاً كل واحد منهما ادعى أنها في يده لم يقض القاضى أنها في يد واحد منهما حتى يقيما البينة أنها في أيديهما (لأن اليد) حتى مقصود فلا يجوز للقاضى أن يحكم به ما لم يعلم وحيث كانت (غير مشاهدة لتعذر إحضارها) لا بد

(قوله وفي يد الآخر هدبه) أقول : الهدب يقال له بالتركي سجع .

(وإن أقام أحدهما البيعة جعلت في يده) لقيام الحجة لأن اليد حق مقصود (وإن أقاما البيعة جعلت في أيديهما) لما بينا فلا تستحق لأحدهما من غير حجة (وإن كان أحدهما قد لبن في الأرض أو بنى أو حفر فهي في يده) لوجود التصرف والاستعمال فيها .

فالم يثبت كون الأرض في يد المدعى عليه بالبيعة لا يقضى . إلا أنه يمنع المقر من أن يزاحم المقر له فيها لأن إقراره حجة في حقه كذا في معراج الدراية (وإن أقام أحدهما البيعة) أى على أنها في يده (جعلت في يده لقيام الحجة) ويجعل الآخر خارجا ، كذا في الكافي وغيره . فإن قيل : البيعة تقام على الخصم ، ، وإذا لم يثبت كونها في يد الآخر لا يكون خصما فكيف يقضى للذى أقام البيعة ؟ قلنا : هو خصم باعتبار منازعته في اليد ، ومن كان خصما لغيره باعتبار منازعته في شيء شرعا كانت بيئته مقبولة ، كذا في عامة الشروح . وقال صاحب العناية : وقد أشار إلى ذلك بقوله (لأن اليد حق مقصود) معنى فيجوز أن يكون مدعيه خصما انتهى (وإن أقاما البيعة) أى على أنها في أيديهما (جعلت في أيديهما لما بينا) إشارة إلى قوله لقيام الحجة . وذكر الإمام القزويني : فإن طلب كل واحد منهما يمين صاحبه ما هي في يده حلف كل واحد منهما ما هي في يد صاحبه على البتات . فإن حلفا لم يقض لهما باليد وبرئ كل واحد منهما عن دعوى صاحبه وتوقف اندار إلى أن تظهر حقيقة الحال . وإن نكلا قضى لكل واحد بالنصف الذى في يد صاحبه ، وإن نكل أحدهما قضى عليه بكلها . للحالف نصفها الذى كان في يده ونصفها الذى كان بيد صاحبه لنكوله ، كذا في الشروح (فلا تستحق) بصيغة المجهول : أى فلا تستحق اليد (لأحدهما من غير حجة) قال بعض الفضلاء : لا يخفى عليك أن هذا الكلام في غير محله اه . أقول : إنما يكون كذلك لو كان متفرعا على قوله وإن أقاما البيعة الخ ، إذ لا ارتباط بينهما ، أو على قوله لأن اليد حق مقصود إذ يلزم الفصل بينهما بأجنبي . وأما إذا كان متفرعا على مجموع ما ذكر في مسئلتنا هذه من قوله وإذا ادعى الرجلان أرضا إلى هنا بأن كان فذلك الكلام في هذا المقام فقد كان في محله كما لا يخفى (فإن كان أحدهما قد لبن في الأرض أو بنى أو حفر) معنى إذا ادعى كل واحد منهما أرضا صحراء أنها في يده وأحدهما لبن فيها أو بنى أو حفر (فهي في يده لوجود التصرف والاستعمال) ومن ضرورة ذلك إثبات اليد كالركوب على الدواب واللبس في الثياب ، كذا ذكره فخر الإسلام .

من البيعة لأنها ثبتت ما غاب عن المشاهدة (وإن أقام أحدهما البيعة جعلت في يده لقيام الحجة) فإن قيل : البيعة تقام على خصم وحيث لم يثبت أنها في يد الآخر فليس يخصم . أجيب بأنه خصم باعتبار منازعته في اليد ، ومن كان خصما لغيره باعتبار منازعته في شيء شرعا كانت بيئته مقبولة ، وقد أشار إلى ذلك بقوله (لأن اليد حق مقصود) معنى فيجوز أن يكون مدعيه خصما (فإن أقاما البيعة جعلت في أيديهما) لقيام الحجة ، فإن طلبا القسمة بعد ذلك لم يقسم بينهما ما لم يقم البيعة على الملك . قال بعض مشايخنا : هذا قول أبي حنيفة ، وقالوا : يقسم بينهما بناء على مسألة أخرى ذكرها في كتاب القسمة ، وهي ما إذا كانت الدار في أيدي ورثة حضور كبار أقرؤا عند القاضي أنها ميراث في أيديهم من أبيهم والتمسوا من القاضي أن يقسمها بينهم ، فالقاضي لا يقسمها بينهم حتى يقيموا البيعة أن أباهم مات وتركها ميراثا لهم . وقال أبو يوسف ومحمد : يقسمها بينهم بإقرارهم ، ويشهد أنه إنما قسمها بينهم بإقرارهم . ومنهم من قال : المذكور هاهنا قول الكل ، لأن القسمة نوعان : قسمة بحق الملك لتكمل المنفعة وقسمة اليد لأجل الحفظ والصيانة بحق والعقار غير محتاج إلى الحفظ ، فالم يثبت الملك لا يقسم لأن العقار غير محتاج إلى ذلك ، وإن طلب كل واحد منهما يمين صاحبه ما هي في يده حلف كل واحد منهما ما هي في يد صاحبه على البتات ، فإن حلفا لم يقض لهما باليد وبرئ كل واحد منهما عن دعوى صاحبه وتوقف الدار إلى أن تظهر حقيقة الحال ، وإن نكلا قضى لكل واحد

(قوله أجيب بأنه خصم باعتبار منازعته في اليد) أقول : قال في النهاية : ألا يرى أنه ينبغي أن يثبت اليد بدعواه لو لم ينازعه الآخر انتهى . وفيه بحث لخالفته لما صرح به قبيل هذا الكلام (قوله بناء على مسألة أخرى) أقول : هذا ناظر إلى قوله قال بعض مشايخنا (قال المصنف : فلا تستحق لأحدهما من غير حجة) أقول : لا يخفى عليك أن هذا الكلام في غير محله .

(باب دعوى النسب)

(وإذا باع جارية فجاءت بولد فادّعاها البائع)

(باب دعوى النسب)

لما فرغ من بيان دعوى الأموال شرع في بيان دعوى النسب ، وقدم الأول لأنه أكثر وقوعا فكان أهم ذكرا (قال) أي القدرى في مختصره (وإذا باع جارية بولد فادّعاها البائع) اعلم أن صاحب العناية قصد بيان ضابطة جنس هذه المسائل في ابتداء كلام فقال أخذنا من غاية البيان : اعلم أن البائع إذا ادعى ولد الجارية المبيعة أو المشتري ، فأما إن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت البيع أو لأكثر من سنتين أو لما بين المدتين . وكل وجه على أربعة أوجه : أما إن ادعى البائع وحده أو المشتري وحده أو ادعيها معا أو على التعاقب انتهى . أقول : يرى فيه اختلال من وجهين : الأول أنه قسم ادعاء البائع أو المشتري ولد الجارية المبيعة إلى ثلاثة أوجه ، وهى : إن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت البيع ، أو لأكثر من سنتين . أو لما بين المدتين . وقسم كل وجه منها إلى أربعة أوجه وهى : إن ادعى البائع وحده أو المشتري وحده أو ادعيها معا ، أو على التعاقب . فيلزم منه أن يكون الشيء قسم قسميه حيث جعل ادعاء البائع أو المشتري مقسما ثم جعله قسما من كل واحد من أقسامه الأربعة . والثاني أن كلمة أو الداخلة على المشتري في قوله إن البائع إذا ادعى ولد الجارية المبيعة أو المشتري تأبى دخول ادعائهما معا أو على التعاقب في المقسم فكيف يجعل هذان الوجهان داخلين في أقسام أقسامه ؟ ويمكن أن يتمحل عن الأول بأن المقسم ادعاء البائع أو المشتري مطلقا : أى أعم من ادعاء أحدهما منفردا ومن ادعائه منضمّا إلى الآخر بالمعية أو التعاقب ، وقسم القسم هو ادعاء أحدهما وحده أو ادعائهما معا أو على التعاقب . فيكون قسم القسم أخص من المقسم لاعتنه . وعن الثاني بأن تحمل كلمة أو المذكورة على منع الخلط دون منع الجمع . والأولى عندى في بيان الضابطة هاهنا أن يقال : اعلم أن الجارية إذا بيعت فجاءت بولد ، فأما إن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت البيع أو لأكثر من سنتين أو لما بين المدتين ، وكل وجه من الأوجه الثلاثة

بالنصف الذى في يد صاحبه : وإن نكل أحدهما قضى عليه بكلها للحال ف نصفها الذى كان في يده ونصفها الذى كان بيد صاحبه لنكوله ، وإذا ادّعى أرضا صحراء أنها بأيديهما : يعنى يدعى كل واحد منهما ذلك وأحدهما لبن فيها أو بنى أو حفر فهى في يده لوجود التصرف والاستعمال ، ومن ضرورة ذلك لإثبات اليد كالركوب على الدواب واللبس في الثياب .

(باب دعوى النسب)

لما فرغ من بيان دعوى الأموال شرع في بيان دعوى النسب لأن الأول أكثر وقوعا فكان أهم ذكرا فقدمه . قال (وإذا باع جارية فجاءت بولد الخ) اعلم أن البائع إذا ادعى ولد الجارية المبيعة أو المشتري ، فأما إن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت البيع أو لأكثر من سنتين أو لما بين المدتين . وكل وجه على أربعة أوجه : إما أن ادعى البائع وحده ، أو المشتري وحده ، أو ادعيها معا ، أو على التعاقب . فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر وقد ادّعاها البائع وحده فهو ابن البائع وأمه أم ولد له . وفي القياس وهو قول زفر والشافعى دعوته باطلة ، لأن البيع اعتراف منه بأنه عبد فكان في دعواه مناقضا فلا تسمع دعواه ، كما لو قال كنت أعتقتها أو دبرتها قبل أن أبيعها ، وإذا لم تكن الدعوى صحيحة لا يثبت النسب ، إذ لا نسب في الجارية بدون الدهوى . ووجه الاستحسان أنا ثبينا باتصال العلوق في ملكه ، وذلك شهادة ظاهرة على كونه منه ، لأن الظاهر عدم الزنا فنزل

(باب دعوى النسب)

(قوله باتصال العلوق في ملكه) أقول : الظاهر بملكه بدل قوله في ملكه .

فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر من يوم باع فهو ابن للبائع وأمه أم ولد له (وفي القياس وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله دعوته باطلة لأن البيع اعتراف منه بأنه عبد فكان في دعواه مناقضا ولا نسب بدون الدعوى . وجه الاستحسان أن اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة على كونه منه لأن الظاهر عدم الزنا . ومبنى النسب على الخفاء فيعني فيه التناقض ، وإذا صححت الدعوى استندت إلى وقت العلوق فتبين أنه باع أم ولده فيفسخ البيع لأن بيع أم الولد لا يجوز (ويرد الثمن) - لأنه قبضه بغير حق

على أربعة أوجه ، أما إن ادعى ذلك الولد البائع وحده أو المشتري وحده أو ادعياه معا أو على التعاقب (فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر من يوم باع) وقد ادعاه البائع وحده كما مر في الكتاب (فهو) أى الولد (ابن البائع وأمه) أى أم الولد (أم ولد له) أى للبائع (وفي القياس وهو قول زفر والشافعي دعوته) أى دعوة البائع (باطلة لأن البيع اعتراف منه) أى من البائع (بأنه) أى الولد (عبد وكان) أى البائع (في دعواه مناقضا) والتناقض يبطل الدعوى فلا تسمع دعواه ، كما لو قال كنت أعتقها أو دبرتها قبل أن أبيعها (ولا نسب بدون الدعوى) أى ولا ثبوت للنسب بدون الدعوى الصحيحة (وجه الاستحسان) أى وجه الاستحسان الذي نعمل به في هذه المسئلة (أن اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة على كونه منه) يعني أنا نيقنا باتصال العلوق بملك البائع ، وهذا شهادة ظاهرة على كون الولد من البائع (لأن الظاهر عدم الزنا) فنزل ذلك منزلة البينة في إبطال حق الغير عنها وعن ولدها (ومبنى النسب على الخفاء) هذا جواب عن التناقض . وبيانه أن الإنسان قد لا يعلم ابتداء بكون العلوق منه ثم يتبين أنه منه (فيعني فيه التناقض) أى لا يمنع صحة الدعوى ؛ كما أن الزوج إذا أكذب نفسه بعد قضاء القاضي بنى النسب باللعان يثبت منه النسب ويبطل حكم الحاكم ولا ينظر إلى التناقض لمكان الخفاء في أمر العلوق ، وصار كالمكاتب إذا أقام البينة أن مولاه كان أعتقه قبل الكتابة فإنه تقبل بينته وبطل الكتابة ، ولا يعتبر التناقض لخفاء الإعتاق حيث ينفرد المولى به . وكالمختلعة إذا أقامت البينة أن الزوج كان طلقها ثلاثا قبل الخلع فإن بينتها تقبل مع التناقض لخفاء الطلاق حيث ينفرد الزوج به . بخلاف دعوى البائع الإعتاق أو التدبير بعد البيع ، فإن كل واحد من الإعتاق والتدبير فعل نفسه ولا يخفى عليه ، كذا حققوا (وإذا صححت الدعوى استندت إلى وقت العلوق فتبين أنه باع أم ولده فيفسخ البيع لأن بيع أم الولد لا يجوز ، ويرد الثمن) أى إن كان منفردا (لأنه قبضه بغير حق) فإن سلامة الثمن مبنية على سلامة المبيع ، كذا في الكافي ، وإن ادعاه المشتري وحده صححت دعوته وثبت النسب منه لأن دعوته دعوة تحرير والمشتري يصح منه التحرير ، فكذا دعوته لحاجة الولد إلى النسب وإلى الحرية ، وثبتت لها أمية الولد بإقراره ، ثم لا يصح من البائع دعوته لأن الولد قد استغنى عن النسب لما ثبت نسبه من المشتري ، كذا في العناية وغيرها . أقول : لقائل أن يقول : صحة التحرير من المشتري ظاهرة ، لأن الجارية مملوكة في الحال فيملك إحداثها وإعتاق ولدها كما صرح به في النهاية وغيرها . وأما صحة دعوته لحاجة الولد إلى النسب فشكلة بما مر في وجه الاستحسان من أننا نيقنا باتصال العلوق بملك البائع ، وهذا شهادة ظاهرة على كون الولد من البائع ، فإن مجرد حاجة الولد إلى النسب كيف يفيد ثبوت النسب من المشتري عند تحقق الشهادة الظاهرة على خلاف ذلك . ويمكن أن يجاب بأن نيقنا باتصال العلوق بملك البائع إنما يكون شهادة ظاهرة على كون الولد من البائع إذا ادعاه البائع . وأما إذا لم يدعه البائع فلا يجوز أن يكون الولد من غيره

ذلك منزلة البينة في إبطال حق الغير عنها وعن ولدها (قوله ومبنى النسب على الخفاء) جواب عن التناقض ، وذلك لأن الإنسان قد لا يعلم ابتداء بكون العلوق منه ثم يتبين له أنه منه فيعني فيه التناقض ، ولا كذلك العتق والتدبير ، وصار كالمراة إذا أقامت البينة بعد الخلع على أن الزوج كان طلقها ثلاثا ، وإذا صححت الدعوى استندت إلى وقت العلوق فتبين أنه باع أم ولده وذلك غير جائز فيفسخ البيع ويرد الثمن إن كان منقودا لأنه قبضه بغير حق . وإن ادعاه المشتري وحده صححت دعوته ، لأن دعوته

(قوله بكون العلوق منه) أقول : الباء زائدة (قوله ولا كذلك العتق والتدبير) أقول : لأنه فعل نفسه ولا يخفى عليه فلا يملز (قوله وصار كالمراة إذا أقامت البينة) أقول : فإن بينتها تقبل مع التناقض في الدعوى لخفاء عليها لأن الزوج ينفرد بالطلاق .

(وإن ادعاه المشتري مع دعوة البائع أو بعده فدعوة البائع أولى) لأنها أسبق لاستنادها إلى وقت العلوق وهذه دعوة استيلاء (وإن جاءت به لأكثر من سنتين من وقت البيع لم تصح دعوة البائع) لأنه لم يوجد اتصال العلوق بملكه تيقنا وهو الشاهد والحجة (إلا إذا صدقه المشتري) فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاء بالنكاح ، ولا يبطل البيع لأننا تيقنا أن العلوق لم يكن في ملكه فلا يثبت حقيقة العتق ولا حقه ، وهذه دعوة تحرير وغير المالك ليس من أهله .

بالنكاح ، فإذا ادعاه المشتري وحده يحمل على كونه منه بالنكاح قبل الاشتراء لحاجة الولد إلى النسب فصارت علة صحة دعوة المشتري وثبوت النسب منه في هذه الصورة حاجة الولد إلى النسب مع إمكان كونه منه بالنكاح قبل الاشتراء ، ويؤيد هذا ما ذكره صدر الشريعة في شرح الوقاية حيث قال : لو ادعى المشتري قبل دعوة البائع يثبت النسب من المشتري ويحمل على أن المشتري نكحها واستولدها ثم اشتراها انتهى . (وإن ادعاه المشتري مع دعوة البائع أو بعده) أى بعد دعوة البائع ذكر الضمير بتأويل الادعاء (فدعوة البائع أولى لأنها أسبق) أما إذا كانت قبل دعوة المشتري فالأمر ظاهر ، وأما إذا كانت بعد دعوة المشتري فلما أشار إليه بقوله (لاستنادها إلى وقت العلوق وهذه دعوة استيلاء) يعنى أن دعوة البائع مستندة إلى وقت العلوق لأنها دعوة استيلاء ، ودعوة المشتري مقتصرة على الحال لأنها دعوة تحرير فكانت دعوة البائع سابقة معنى فكانت أولى ، ثم إنه ضمن قوله وهذه دعوة استيلاء الجواب عن دخل مقدر تقديره كيف تصح دعوة البائع وهو غير مالك في الحال . وجه الجواب أن دعوته دعوة استيلاء وهي لا تنفقر إلى قيام الملك في الحال لأنها تستند إلى زمان الملك ، بخلاف دعوة التحرير على ماسيجىء (وإن جاءت به لأكثر من سنتين من وقت البيع لم تصح دعوة البائع لأنه لم يوجد اتصال العلوق بملكه تيقنا وهو الشاهد والحجة) يعنى أن الشاهد على كون الولد منه إنما هو اتصال العلوق بملكه تيقنا ولم يوجد ذلك هاهنا فلم تصح دعوته (إلا إذا صدقه المشتري) فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاء بالنكاح (حملا لأمره على الصلاح ، وقول المشتري على الصدق) ولا يبطل البيع لأننا تيقنا أن العلوق لم يكن في ملكه فلا يثبت حقيقة العتق (أى للولد) ولا حقه (أى ولا يثبت حق العتق وهو أمومية الولد للأم فيبقى الولد عبداً للمشتري ولا تصير الأم أم ولد للبائع كما إذا ادعاه أجنبي آخر ، كذا في الكافي وغيره) وهذه (أى دعوة البائع هاهنا) دعوة تحرير وغير المالك ليس من أهله (أى ليس من أهل التحرير والبائع ليس بمالك فلا تصح دعوة التحرير منه .

دعوة تحرير والمشتري يصح منه التحرير ، فكذا دعوته لحاجة الولد إلى النسب وإلى الحرية ، وتثبت لها أمية الولد بإقراره ، ثم لا يصح من البائع دعوته لأن الولد قد استغنى عن النسب لما ثبت نسبه من المشتري ، وإن ادعاه معا يثبت نسبه من البائع عندنا لأن دعوته أسبق لاستنادها إلى وقت العلوق حيث كان في ملكه ودعوى المشتري دعوى تحرير ، فإن أصل العلوق لم يكن في ملكه . ولا تعارض بين دعوى التحرير ودعوى الاستيلاء لاقتصار الأولى على الحال دون الثانية فكان البائع أولى (قوله وهذه دعوة استيلاء) جواب دخل تقريره كيف تصح الدعوة والمالك معدوم ؟ وجهه أنها دعوة استيلاء وهي لا تنفقر إلى قيام الملك في الحال لأنه يستند إلى زمان الملك ، بخلاف دعوة التحرير على ما يجيىء ، وكذلك إن ادعى المشتري بعد البائع لاستغناء الولد حينئذ عن النسب (وإن جاءت به لأكثر من سنتين من وقت البيع ، فلما أن يصدقه المشتري أولاً ، فإن كان الثاني فلا تصح دعوة البائع) لأن الشاهد على كون الولد منه اتصال العلوق بملكه ولم يوجد يقينا ، وإن كان الأول يثبت النسب ويحمل على الاستيلاء بالنكاح حملا لأمره على الصلاح ، ولا يبطل البيع لأننا تيقنا أن العلوق لم يكن في ملكه فلا يثبت حقيقة العتق في حق الولد ولا حقه في الأم فلا تصير أم ولد ، وإذا لم تصر أم ولد بقيت الدعوة في الولد دعوة تحرير ، وغير

(قوله ولا تعارض بين دعوة التحرير ودعوة الاستيلاء) أقول : يعنى دعوة الاستيلاء أقوى لسبقها فلا يعارضها دعوة التحرير ، إذ لاساواة في القوة (قوله وإذا لم تصر أم ولد بقى الخ) أقول : شرح لا يطابق المشروح كما لا يخفى على المتأمل .

(وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر من وقت البيع ولأقل من سنتين لم تقبل دعوة البائع فيه إلا أن يصدقه المشتري) لأنه احتمال أن لا يكون العلوق في ملكه فلم توجد الحجة فلا بد من تصديقه . وإذا صدقه يثبت النسب ويبطل البيع والولد حرّ والأم أم ولد له كما في المسئلة الأولى لتصادقهما واحتمال العلوق في الملك :

اعلم أن الدعوة نوعان : دعوة استيلاء ودعوة تحرير : فدعوة الاستيلاء هي أن يكون علوق المدعى في ملك المدعى وهذه الدعوى تستند إلى وقت العلوق وتتضمن الإقرار بالوطء فيتبين أنه علق حرّا ، ودعوة التحرير أن يكون علوق المدعى في غير ملك المدعى وهذه الدعوة تقتصر على الحال ولا تتضمن الإقرار بالوطء لعدم تصور الاستيلاء لعدم الملك وقت العلوق ، كذا في البدائع . وإن ادعاه المشتري وحده في هذا الوجه صحّت دعوته . وإن ادعياه معا أو متعاقبا صحّ دعوة المشتري دون البائع لأنه كالأجنبي ، كذا في العناية وغيرها (وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر من وقت البيع ولأقل من سنتين لم تقبل دعوة البائع فيه) أي في هذا الوجه (إلا أن يصدقه المشتري لأنه احتمال أن لا يكون العلوق في ملكه) أي في ملك البائع (فلم توجد الحجة) وهي اتصال العلوق بملكه تيقنا (فلا بد من تصديقه) أي من تصديق المشتري إياه (وإذا صدقه يثبت النسب ويبطل البيع والولد حرّ . والأم أم ولد له كما في المسئلة الأولى) وهي إن جاءت به لأقل من ستة أشهر من يوم باع (لتصادقهما واحتمال العلوق في الملك) وإن ادعاه المشتري وحده في هذا الوجه صحّ دعوته لأن دعوته صحيحة حالة الانفرد فيها لا يحتمل العلوق في ملكه ففيما يحتمله أولى ، ويكون دعوته دعوة استيلاء حتى يكون الولد حرّا الأصل ولا يكون له ولاء على الولد لأن العلوق في ملكه ممكن ، وإن ادعياه معا أو متعاقبا فالمشتري أولى لأن البائع في هذه الحالة كالأجنبي ، وهذا الذي ذكر كله إذا كانت مدة الولادة بعد البيع معلومة . أما إذا لم يعلم أنها جاءت بالولد لأقل من أقل مدة الحمل أو أكثر من أكثرها أو لمسا بينهما فالمسئلة على أربعة أوجه أيضا : فإن ادعاه البائع وحده لاتصحّ دعوته إلا أن يصدقه المشتري لعدم يقين العلوق في ملكه ، وإن ادعاه المشتري وحده صحّ دعوته لأن أكثر ما في الباب كون العلوق في ملك البائع بأن جاءت به لأقل من ستة أشهر ، ولكن هذا لا يمنع دعوة المشتري . وإن ادعياه معا لم تصحّ دعوة واحد منهما ويكون الولد عبدا للمشتري . لأنها إن جاءت به لأقل المدة كان النسب للبائع ، وإن جاءت به لأكثر من أقل المدة كان النسب للمشتري وقوع الشك في ثبوته فلا يثبت . وإن ادعياه متعاقبا فإن سبق المشتري صحّت دعوته ، وإن سبق البائع لم تصحّ دعوة واحد منهما لوقوع الشك في ثبوت النسب من كل واحد منهما ، كذا في غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الإسلام خواهر زاده ، وكذا في العناية . قال في الكافي : ولو تنازعا فالبيئة للمشتري ، أي إذا باع أمة فولدت عند المشتري فقال البائع بعثها منك منذ شهر والولد مني وقال المشتري بعثها مني لأكثر من ستة أشهر والولد ليس منك فالقول للمشتري بالاتفاق ، لأن البائع يدعي انتقاض البيع والمشتري ينكر ، فإن أقاما البيئة فالبيئة للمشتري أيضا عند أبي يوسف لأنه أثبت زيادة مدة في الشراء ، وعند محمد البيئة للبائع لأنه يثبت نسب .

المالك ليس من أهله والبائع ليس بمالك ، وإن ادعاه المشتري وحده صحّ دعوته ، وإن ادعياه معا أو متعاقبا صحّ دعوة المشتري لأن البائع كالأجنبي ، وإن جاءت به بين المدتين فإذا أن يصدقه المشتري أو لا ، فإن لم يصدقه لم تقبل دعوة البائع فيه لاحتمال أن لا يكون العلوق في ملكه فلم توجد الحجة ، وإن صدقه المشتري يثبت النسب ويبطل البيع والولد حرّ والأم أم ولد له كما في المسئلة الأولى لتصادقهما واحتمال العلوق في الملك ، وإن ادعاه المشتري وحده صحّ دعوته لأن دعوته صحيحة حالة الانفرد فيها لا يحتمل العلوق في ملكه ففيما يحتمله أولى ، وتكون دعوته دعوة استيلاء حتى يكون الولد حرّا الأصل ، ولا يكون له ولاء على الولد لأن العلوق في ملكه ممكن ، وإن ادعياه معا أو متعاقبا فالمشتري أولى لأن البائع في هذه الحالة كالأجنبي ، هذا إذا كانت المدة معلومة ، أما إذا لم يعلم بأنها ولدت بعد البيع لأقل من أقل مدة الحمل أو لأكثر من أكثرها أو تلبا بينهما فالمسئلة على أربعة أوجه أيضا ، فدعوة البائع وحده لاتصحّ بغير تصديق المشتري لعدم يقين العلوق في ملكه ، ودعوة المشتري وحده صحيحة . واحتمال كون العلوق في ملك البائع ، إن جاءت به لأقل المدة لا يمنع دعوة المشتري ، وإن ادعياه معا لم تصحّ دعوة واحد منهما

(فإن مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت به لأقل من ستة أشهر لم يثبت الاستيلاد في الأم) لأنها تابعة للولد ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجته إلى ذلك فلا يتبعه استيلاد الأم (وإن ماتت الأم فادعاه البائع وقد جاءت به لأقل من ستة أشهر يثبت النسب في الولد وأخذ البائع) لأن الولد هو الأصل في النسب فلا يضره فوات التبع ، وإنما كان الولد أصلاً لأنها تضاف إليه يقال أم الولد ، وتستفيد الحرية من جهته لقوله عليه الصلاة والسلام « أعتقها ولدها » والثابت لها حق الحرية وله حقيقتها والأدنى يتبع الأعلى (ويرد الثمن كاه في قول أبي حنيفة . وقالوا : يرد حصّة الولد ولا يرد حصّة الأم) لأنه تبين أنه باع أم ولده ،

الولد واستيلاد الأمة وانتقاض البيع فكان أكثر إثباتاً انتهى (فإن مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت به لأقل من ستة أشهر) أى والحال أنها جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر (لم يثبت الاستيلاد في الأم) هذا لفظ القدورى في مختصره . قال المصنف في تعليقه (لأنها) أى لأن الأم (تابعة للولد) أى في هذا الباب على ما سيجىء بيانه (ولم يثبت نسبه) أى نسب الولد (بعد الموت لعدم حاجته إلى ذلك) أى لعدم حاجة الولد إلى النسب بعد الموت (فلا يتبعه استيلاد الأم) لعدم تصور ثبوت الحكم في التبع بدون ثبوته في المتبوع (وإن ماتت الأم فادعاه البائع وقد جاءت به لأقل من ستة أشهر يثبت النسب في الولد وأخذ البائع هذا أيضاً القدورى في مختصره . قال المصنف في تعليقه (لأن الولد هو الأصل في النسب فلا يضره فوات التبع) يعنى أن الولد لما كان هو الأصل كان المعتبر بقاءه لحاجته إلى ثبوت النسب ، ولا يضره فوات التبع لأن تعذر الفرع لا يبطل الأصل ، بخلاف العكس (وإنما كان الولد أصلاً لأنها) أى لأن الأم (تضاف إليه) أى إلى الولد حيث (يقال أم الولد) والإضافة إلى الشيء أمانة أصالة المضاف إليه (وتستفيد الحرية من جهته) عطف على تضاف إليه : أى وتستفيد الأم الحرية من جهة الولد (لقوله عليه الصلاة والسلام « أعتقها ولدها ») قاله حين قيل له وقد ولدت مارية القبطية إبراهيم من رسول الله صلى الله عليه وسلم ألا تعتقها ؟ (والثابت لها) أى ولأن الثابت للأم (حق الحرية) وهو أمومية الولد (وله) أى والثابت للولد (حقيقتها) أى حقيقة الحرية (والأدنى يتبع الأعلى) دائماً دون العكس ، فحق الحرية الذى هو الأدنى يتبع حقيقة الحرية التى هى الأعلى دون العكس (ويرد الثمن كله في قول أبي حنيفة ، وقالوا : يرد حصّة الولد ولا يرد حصّة الأم) وهذا من تمام لفظ القدورى الذى ذكر فيما مرّ آنفاً . قال المصنف (لأنه تبين أنه باع أم ولده) أى تبين بثبوت نسب الولد من البائع أنه باع أم ولده ويبيعها باطل

وكان الولد عبداً للمشتري ، لأنها إن جاءت به لأقل المدة كان النسب للبائع ، وإن جاءت به لأكثر من أقل المدة كان النسب للمشتري فوقع الشك في ثبوته فلا يثبت به . فإن قيل : في جانب المشتري يثبت في وجهين وفي جانب البائع في وجه واحد فكان المشتري أولى . قلنا : هذا ترجيح بما هو من جنس العلة فلا يكون معتبراً . وإن ادعى متعاقبا إن سبق المشتري صحّت دعوته وإن سبق البائع لم تصح دعوة واحد منهما لوقوع الشك في ثبوت النسب من كل واحد منهما . قال (فإن مات الولد فادعاه البائع الخ) الأصل في هذه أنه إذا حدث في الولد مالا يلحقه الفسخ يمنع فسخ الملك فيه بالدعوة وينبئ ثبوت النسب ، وعلى هذا إن مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت به لأقل من ستة أشهر لم يثبت الاستيلاد في الأم لأنها تابعة للولد ، ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجته إلى ذلك فلا يتبعه استيلاد الأم (وإن ماتت الأم فادعاه البائع وقد جاءت به لأقل من ستة أشهر يثبت نسب الولد وأخذ) (لأنه أصل) لإضافتها إليه حيث يقال أم الولد واستفادتها الحرية من جهته لقوله صلى الله عليه وسلم « أعتقها ولدها » قاله حين قيل له وقد ولدت مارية القبطية إبراهيم من رسول الله صلى الله عليه وسلم ألا تعتقها : ولأن الثابت لها حق الحرية وله حقيقتها ، والأدنى يتبع الأعلى ، وإذا لم يكن في الأصل ما يمنع الدعوة لم يضر فوات التبع ، ويرد الثمن كله في قول أبي حنيفة ، وقالوا : يرد حصّة الولد ولا يرد حصّة الأم ، وهذا بناء على أن مالية أم الولد غير متقومة عنده في العقد والغصب

(قوله لأنه أجل لإضافتها إليه الخ) أقول : الدليلان الأخيران يدلان على الأصالة في النسب بل في العتق .

وماليتها غير متقومة عنده في العقد والغصب فلا يضمها المشتري. وعندهما متقومة فيضمها. وفي الجامع الصغير: وإذا حملت الجارية في ملك رجل فباعها فولدت في يد المشتري فادعى البائع الولد وقد أعتق المشتري الأم فهو ابنه يرد عليه بحصته من الثمن. ولو كان المشتري إنما أعتق الولد فدعواه باطلة. ووجه الفرق أن الأصل في هذا الباب الولد والأم تابعة له على مامر. وفي الفصل الأول قام المانع من الدعوة والاستيلاء وهو العتق في التبع وهو الأم فلا يمتنع ثبوته في الأصل وهو الولد،

(وماليتها) أى ولكن مالية أم الولد (غير متقومة عنده) أى عند أبي حنيفة (في العقد والغصب فلا يضمها المشتري وعندهما) أى عند أبي يوسف ومحمد رحمه الله (متقومة فيضمها) أى فيضمها المشتري : فإذا رد الولد دونها يجب على البائع رد حصة ما سلم له وهو الولد كي لا يجتمع البدل والمبدل ، ولا يجب عليه رد حصة ما لم يسلم له وهي الأم . قال الإمام الزيلعي في التبيين بعد ما بين المقام بهذا المنوال : هكذا ذكرنا الحكم في قولهما . وكان ينبغي أن يرد البائع جميع الثمن عندهما أيضا ثم يرجع قيمة الأم ، لأنه لما ثبت نسب الولد منه تبين أنه باع أم ولده وبيع أم الولد غير صحيح بالإجماع فلا يجب فيه الثمن ولا يكون لأجزاء المبيع منه حصة ، بل يجب على كل واحد من المتعاقدين رد ما قبضه إن كان باقيا وإلا فبدله انتهى فتأمل (وفي الجامع الصغير) ذكر رواية الجامع الصغير إعلاما بأن حكم الإعتاق فيما نحن فيه حكم الموت (وإذا حملت الجارية في ملك رجل فباعها فولدت في يد المشتري فادعى البائع الولد وقد أعتق المشتري الأم فهو ابنه) أى فالولد ابن البائع (يرد عليه بحصته من الثمن) أى يرد على البائع بحصة الولد من الثمن الذي كان نقده البائع فيقسم الثمن على قيمة الأم يوم العقد وعلى قيمة الولد يوم الولادة ، فما أصاب الأم يلزم المشتري ، وما أصاب الولد سقط عنه ، ولا نصير الجارية أم ولد للبائع لأنه ثبت فيها للمشتري ما لا يحتمل الإبطال وهو الولاء ، كذا في الشروح وسائر المعبرات (ولو كان المشتري إنما أعتق الولد فدعوته) أى دعوة البائع (باطلة) أى إذا لم يصدقه المشتري في دعواه ، كذا في الشروح (ووجه الفرق) إنما ذكره استظهارا ، إذ قد كان معلوما من مسألة الموت (أن الأصل في هذا الباب الولد) قال صاحب النهاية : أى الأصل في باب ثبوت حق العتق للأم بطريق الاستيلاء وهو ثبوت حقيقة العتق للولد بالنسب ، وقد اقتضى أثره في هذا التفسير صاحب معراج الدراية وصاحب العناية . أقول : لا يخفى ما فيه من الركائز من جهة اللفظ والمعنى ، فالأوجه في التفسير أن يقال : أى الأصل في باب الدعوة والاستيلاء هو الولد (والأم تابعة له على مامر) في مسألة الموت آتفا (وفي الفصل الأول) وهو ما إذا ادعى البائع الولد وقد أعتق المشتري الأم ، وفي بعض النسخ : وفي الوجه الأول (قام المانع من الدعوة والاستيلاء وهو) أى المانع منها (العتق في التبع وهو الأم فلا يمتنع ثبوته) أى ثبوت ما ذكره من الدعوة والاستيلاء (في الأصل وهو الولد) لأن امتناع الحكم في التبع لا يوجب

فلا يضمها المشتري ، وعندهما متقومة فيضمها . وذكر المصنف رواية الجامع الصغير إعلاما بأن حكم الإعتاق فيما نحن فيه حكم الموت ، فإذا أعتق المشتري الأم وادعى البائع الولد فهو ابنه يرد عليه بحصته من الثمن يقسم الثمن على قيمة الولد وعلى قيمة الأم ، فما أصاب الأم يلزم المشتري ، وما أصاب الولد سقط عنه عندهما . وعنده يرد عليه بكل الثمن كما سنذكره ، ولو كان المشتري أعتق الولد فدعوته باطلة إذا لم يصدقه المشتري في دعواه ، وذكر الفرق استظهارا فإنه كان معلوما من مسألة الموت (والأصل في هذا الباب) انتهى به ثبوت حق العتق للأم بطريق الاستيلاء هو ثبوت حقيقة العتق للولد بالنسب (والأم تابعة له) في ذلك كما مر (وفي الفصل الأول) يعنى فيها إذا أعتق المشتري الأم (قام المانع وهو العتق من الدعوة والاستيلاء في التبع وهو الأم فلا يمتنع ثبوته في الأصل وهو الولد) فإن قيل : إذا لم يمتنع الدعوة من الولد ثبت العتق فيه والنسب لكون العتق

(قوله في هذا الباب : أعنى به الخ) أقول : أظهر أن يقال : يعنى به باب الدعوة والاستيلاء هو الولد الخ ، فإن الولد هو المقصود من الدعوة كما لا يخفى على المتأمل (قوله هو ثبوت الخ) أقول : قوله هو راجع إلى الأصل .

وليس من ضروراته. كما في ولد المغرور فإنه حرّ وأمه أمة لمولاه، وكما في المستولدة بالنكاح. وفي الفصل الثاني قام المانع بالأصل وهو الولد فيمتنع ثبوته فيه وفي التبع، وإنما كان الإعتاق مانعا

امتناعه في الأصل. فإن قيل: إذا لم يمتنع ثبوت الدعوة والاستيلاء للبائع في الولد ثبت نسب الولد من البائع لكون العلوق في ملكه يبين، لأن الكلام فيما إذا حبلت الجارية في ملك البائع، ومن حكم ثبوت نسب الولد صيرورة أمه أم ولد للبائع فينبغي أن يبطل البيع وإعتاق المشتري. أجاب بقوله (وليس من ضروراته) أي وليس ثبوت الاستيلاء في حق الأم من ضرورات ثبوت نسب الولد وحرية: يعني أن ذلك وإن كان من أحكامه إلا أنه ليس من ضروراته بحيث لا ينفصل عنه بلجواز انفكاكه عنه (كما في ولد المغرور) وهو ولد من يطاء امرأة معتمدا على ملك يمين أو نكاح فتلد منه ثم تستحق، كذا ذكره المصنف فيما سيجيء في آخر هذا الباب (فإنه) أي ولد المغرور (حرّ) أي حر الأصل ثابت النسب من المستولد (وأمه أمة لمولاه) فلا نصير أم ولد للمستولد بل تكون رقيقة حتى تباع في السوق (وكما في المستولدة بالنكاح) يعني إذا تزوج جارية الغير فولدت له يثبت نسب الولد ولا تثبت أمية الولد، كذا في غاية البيان، ويطابقه ما ذكره صاحب الكافي حيث قال: وكما في المستولدة بالنكاح فإنه إذا استولد أمة الغير بنكاح يثبت نسبه ولا نصير الأمة أم ولده انتهى. وكذا ما ذكره صاحب البدائع حيث قال: كمن استولد جارية الغير بالنكاح يثبت نسب الولد منه، ولا نصير الجارية أم ولد له للحال إلا أن يملكها بوجه من الوجوه اهـ. قال صاحب النهاية والعناية في شرح قول المصنف: وكما في المستولدة بالنكاح بأن تزوج امرأة على أنها حرة فولدت فإذا هي أمة انتهى. أقول: هذا المعنى هاهنا غير صحيح، لأن الصورة التي ذكرها قسم من قسمي ولد المغرور كما سيظهر مما ذكره المصنف في آخر هذا الباب ونهت عليه فيما مر آنفا، فلا وجه لأن يذكرها المصنف في مقابلة ولد المغرور كما لا يخفى. فإن قلت: إن صاحبي النهاية والعناية فسروا ولد المغرور في قول المصنف كما في ولد المغرور بقولهما وهو ما إذا اشترى رجل أمة من رجل يزعم أنها ملكه فاستولدها ثم استحققت انتهى. فحينئذ يكون المراد بولد المغرور في كلام المصنف أحد قسميه، وهو ما حصل بالاعتماد على ملك اليمين، وبالمذكور في مقابلته قسمه الآخر وهو ما حصل بالاعتماد على ملك النكاح فلا محذور. قلت: ذلك التفسير منهما تقصير آخر، فإنه مع كونه تقييدا للكلام المطلق بلا مقتض له مؤد إلى تقليل الأمثلة في مقام يطلب فيه التأكيد فلا يندفع به المحذور بل يتأكد (وفي الفصل الثاني) وهو ما إذا أعتق المشتري الولد ثم ادعاه البائع (قام المانع بالأصل وهو الولد فيمتنع ثبوته) أي ثبوت ما ذكر من الدعوة والاستيلاء (فيه) أي في الأصل (وفي التبع) لأن امتناع الحكم في الأصل يوجب امتناعه في التبع أيضا (وإنما كان الإعتاق مانعا). قال متقدمو الشراح: أي وإنما كان إعتاق

في ملكه يبين، لأن الكلام فيما إذا حبلت الجارية في ملك البائع، ومن حكم ثبوت النسب للولد صيرورة أمه أم ولد للبائع فكان ينبغي أن يبطل البيع وإعتاق المشتري. أجاب بقوله (وليس من ضروراته) أي ليس ثبوت الاستيلاء في حق الأم من ضرورات ثبوت العتق والنسب للولد لانفكاكه عنه (كما في ولد المغرور) وهو ما إذا اشترى الرجل أمة من رجل يزعم أنها ملكه فاستولدها فاستحققت فإنه يعتق بالقيمة وهو ثابت النسب من أبيه وليس أمه أم ولد لأبيه (وكما في المستولدة بالنكاح) بأن تزوج امرأة على أنها حرة فولدت فإذا هي أمة (وفي الفصل الثاني) وهو ما إذا أعتق المشتري الولد ثم ادعاه البائع أنه ولده (قام المانع بالأصل وهو الولد فيمتنع ثبوته) أي ثبوت ما ذكرنا وهو الدعوة والاستيلاء (فيه وفي التبع) وقوله (وإنما كان الإعتاق مانعا) بيان لمسانية عتق الولد عن ثبوت النسب بدعوة البائع، ومعناه أن الإعتاق من المشتري كحق استلحاق النسب في الولد وحق الاستيلاء في الأم في أن كل واحد منهما لا يمتنع للنفق فليس لفعل أحدهما على فعل الآخر ترجيح من هذا

(قوله أي ليس ثبوت الاستيلاء في حق الأم من ضرورات ثبوت العتق) أقول: وإن كان من أحكامه (قوله وكما في المستولدة بالنكاح بأن تزوج الخ) أقول: فيه أن هذا على ما ذكره من قبيل ولد المغرور كما يحمي في آخر الفصل فلا وجه للمقابلة، والظاهر أن حرية الولد لا تنس إليها الحاجة، وذكرها في المثال الأول استطراد فليأتل.

لأنه لا يَحْتَمِلُ النَقْضُ كَحَقِّ اسْتِلْحَاقِ النَسَبِ وَحَقِّ الاسْتِيلَادِ فَاسْتَوِيَا مِنْ هَذَا الْوَجْهِ ،

المشترى الولد مانعا لدعوة البائع إياه . وقال صاحب العناية أخذا منهم : قوله وإنما كان الإعناق مانعا بيان لمناعية عتق الولد عن ثبوت النسب بدعوة البائع انتهى . أقول : بل هذا بيان لمناعية عتق الأم عن ثبوت الاستيلاد في حقها بدعوة البائع ، وللمناعية عتق الولد عن ثبوت النسب في حقه بدعوة البائع أيضا ، والمعنى : إنما كان إعناق المشتري الأم والولد مانعا من دعوة الاستيلاد وأما دعوة النسب فيشمل الفصلين معه ، كما ينادى عليه عبارات المصنف في أثناء البيان على ما ترى ، وفيها ذهب إليه الشراح تخصيص البيان بالفصل الثاني وهو تقصير في حق المقام وشرح الكلام (لأنه) أى لأن الإعناق (لا يَحْتَمِلُ النَقْضُ كَحَقِّ اسْتِلْحَاقِ الْوَلَدِ وَحَقِّ الاسْتِيلَادِ) يعنى أن الإعناق من المشتري كحق استلحاق النسب من البائع في الولد وحق الاستيلاد من البائع في الأم في أن كل واحد منهما لا يَحْتَمِلُ النَقْضُ (فاستويا) أى استوى إعناق المشتري وحق البائع استلحاقا واستيلادا (من هذا الوجه) أى من حيث أنهما لا يَحْتَمِلَانِ النَقْضَ فَلَيْسَ لِفِعْلِ أَحَدِهِمَا تَرْجِيحٌ عَلَى فِعْلِ الْآخَرِ مِنْ هَذَا الْوَجْهِ . قال صاحب العناية : ورد بما إذا باع جارية حبلى فولدت ولدين في بطن واحد لأقل من ستة أشهر فأعتق المشتري أحدهما ثم ادعى البائع الولد الآخر صحته دعوته فيهما جميعا حتى يبطل عتق المشتري وذلك نقض للعتق كما ترى . وأجيب بأن التوأمين في حكم ولد واحد . فمن ضرورة ثبوت نسب واحد منهما والحكم بصيرورته حر الأصل ثبوت النسب للآخر . ولقائل أن يقول : إذا كان كذلك وقد ثبت العتق في أحدهما فمن ضرورة ثبوت العتق في أحدهما ثبوته في الآخر وإلا لزم ترجيح الدعوة على العتق وهو المطلوب والفرض خلافه . ويمكن أن يجاب عنه بأنه إن ثبت العتق في الآخر لزمه ضمان قيمته وفي ذلك ضرر زائد انتهى .

أقول : السؤال الأول وجوابه مما ذكره بعض الشراح أيضا ولهما وجه وجيه . وأما السؤال الثاني وجوابه فمن مخترعاته وليس بشيء . أما السؤال فلأن مراد المحجب عن السؤال الأول أن التوأمين في حكم ولد واحد في باب النسب بناء على أن مدار النسب على العلوق وعلوقهما واحد لكونهما من ماء واحد ، فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر ، وليس مراده أنهما في حكم ولد واحد في جميع الأحوال حتى يتوجه السؤال ، كيف ومدار العتق على الرقبة ، ولا شك أن رقبتهما متغايرتان فما يترتب على إحداها لا يلزم أن يترتب على الأخرى كما لا يخفى . وأما الجواب فلأنه إن أراد أنه إن ثبت العتق في الآخر لزم الآخر ضمان قيمته ، كما إذا أعتق المولى بعض عبده على قول أبى حنيفة حيث يلزم العبد عنده ضمان قيمة بعضه الآخر : أى السعاية في بقية قيمته لمولاه فلا نسلم أن في ذلك ضررا زائدا ، إذ الضمان في مقابلة العتق لا بعد ضررا أصلا ، ولو سلم ذلك فيعارض

الوجه . ورد بما إذا باع جارية حبلى فولدت ولدين في بطن واحد لأقل من ستة أشهر فأعتق المشتري أحدهما ثم ادعى البائع الولد الآخر صحته دعوته فيهما جميعا حتى يبطل عتق المشتري ، وذلك نقض للعتق كما ترى . وأجيب بأن التوأمين في حكم ولد واحد ، فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما والحكم بصيرورته حر الأصل ثبوت النسب للآخر . ولقائل أن يقول : إذا كان كذلك وقد ثبت العتق في أحدهما فمن ضرورة ثبوت العتق في أحدهما ثبوته في الآخر وإلا لزم ترجيح الدعوة على العتق وهو المطلوب والفرض خلافه . ويمكن أن يجاب عنه بأنه إن ثبت العتق في الآخر لزمه ضمان قيمته وفي ذلك ضرر زائد ، فإن عورض بأن البائع إذا ادعى النسب في الذى عنده كان ذلك سعيًا في نقض ما تم من جهته . أجيب بأنه غير مقصود فلا معتبر به

(قوله وأجيب بأن التوأمين ، إلى قوله : ثبوت النسب للآخر) أقول : يعنى أن مرادنا من قولنا العتق لا يَحْتَمِلُ النَقْضُ أَنَّهُ لَا يَحْتَمِلُهُ قَصْدًا وَفِيمَا ذَكَرْتُمُ النَقْضَ ضَمْنِي لاقصدي ، وكم من شيء لا يثبت قصدا ويثبت ضمنا (قوله ولقائل أن يقول إذا كان كذلك الخ) أقول : أشار بقوله كذلك إلى قوله بأن التوأمين في حكم ولد واحد (قوله فمن ضرورة ثبوت العتق الخ) أقول : يعنى يجب أن يكون كذلك وإلا لزم الخ (قوله ويمكن أن يجاب عنه بأنه إن ثبت العتق في الآخر لزمه الخ) أقول : أى لزم المشتري ضمان قيمة الولد الآخر فيما إذا باع أحد التوأمين ثم ادعى البائع الذى في يده وقد أعتق المشتري ما اشتراه (قوله وفي ذلك ضرر زائد) أقول : ولذلك لم يجعل من ضروراته استحسانا ، وإلا كان القياس ذلك فيه أيضا فليتنامل ، ثم قوله بضرر زائد معناه المشتري (قوله فإن عورض) أقول : يعنى هذا الجواب (قوله بأنه غير مقصود) أقول : بل ضمني ، ثم إن الضمير في قوله راجع إلى السعى في قوله كان ذلك سعيًا الخ .

ثم الثابت من المشتري حقيقة الإعتاق والثابت في الأم حق الحرية، وفي الولد للبائع حق الدعوة والحق لا يعارض الحقيقة ،

بالنسب أيضا قطعا ، فإنه إذا ثبت النسب في الآخر لزم البائع ضمان قيمته : أى رد حصته من الثمن على المشتري فيلزم أن يتحقق هناك أيضا ضرر زائد . وإن أراد أنه إن ثبت العتق في الآخر لزم المشتري ضمان قيمته : أى إتلاف قيمته فيعارض بالنسب أيضا قطعا ، فإنه إذا ثبت النسب في الآخر لزم البائع ضمان حصته من الثمن كما يلزم المشتري على تقدير ثبوت العتق في الآخر ضمان قيمته فيلزم أن يتحقق هناك أيضا ضرر زائد فلا يتصور الرجوع في صورة التوأمين أيضا والفرض خلافه . ثم أقول : بدل السؤال الثاني وجوابه : ولقائل أن يقول : إذا كان الحكم في التوأمين كذلك كان عتق المشتري مما يحتمل النقص وهو المطلوب والفرض خلافه . ويمكن أن يجاب عنه بأن مرادنا من قولنا العتق لا يحتمل النقص أنه لا يحتمله قصدا واللازم في مسألة التوأمين احتماله النقص ضمنا ، وكم من شيء لا يثبت قصدا ويثبت ضمنا ، وسيجيء في الكتاب هذا الفرق بين المشتريين . ثم إن صاحب العناية قال بعد ما سبق من سؤالي الثاني وجوابه : فإن عورض بأن البائع إذا ادعى النسب في الذي عنده كان ذلك سعيًا في نقض ما تم من جهته . أجيب بأنه غير مقصود فلا معتبر به انتهى . أقول : فيعارض بأن الضرر الزائد الذي يلزم على تقدير ثبوت العتق في الآخر غير مقصود أيضا فلا معتبر به أيضا فلا يخلو الجواب عن معارضة ما (ثم الثابت من المشتري حقيقة الإعتاق) يريد بيان رجحان ما في جانب المشتري بأن الثابت من المشتري حقيقة الإعتاق (والثابت في الأم حق الحرية ، وفي الولد للبائع حق الدعوة والحق لا يعارض الحقيقة) لأن الحقيقة أقوى من الحق . قال صاحب العناية : ونوقض بالمالك القديم مع المشتري من العدو ، فإن المالك القديم يأخذه بالقيمة وإن كان له حق الملك وللمشتري حقيقته . وأجيب بأنه ليس بترجيح بل هو جمع بينهما ، وفيه نظر لأن الفرض أن الحقيقة أولى فالجمع بينهما تسوية بين الراجح والمرجوح . ويمكن أن يجاب عنه بأن هذه الحقيقة فيها شبهة لأن مبنائها على تملك أهل الحرب ما استولوا عليه من أموالنا بدراهم وهو مجتهد فيه فانحطت عن درجة الحقائق ، فقلنا : يأخذه بالقيمة جمعا بينهما انتهى . أقول : النقص مع جوابه مما ذكره الشارح تاج الشريعة ولهما وجه صحيح . وأما النظر مع جوابه فن عند نفسه وليس بصحيحين ، أما النظر فلأننا لانسلم أن مجرد الجمع بينهما تسوية بين الراجح والمرجوح ؛ ألا يرى أننا نجمع بين الفرائض والواجبات والمستحبات في العمل مع تقرر بقاء رجحان البعض على البعض بحاله . وإنما يظهر أثر الرجحان عند تعارض الراجح والمرجوح بأن لا يمكن العمل بهما والجمع بينهما كما لا يخفى . وأما الجواب فلأن المجتهد بخلافنا في مسألة تملك أهل الحرب ما استولوا عليه من أموالنا بدراهم هو الشافعي وهو متأخر الزمان عن اجتهدائنا فكيف يوقع اجتهداده شبهة فيما اجتهدوا فيه حتى تنحط بها هذه الحقيقة من درجة الحقائق عند

(قوله ثم الثابت) بيان ترجيح الإعتاق على الاستلحاق ، فإن الثابت (من المشتري حقيقة الإعتاق والثابت) للبائع (في الولد حق الدعوة وفي الأم حق الحرية والحق لا يعارض الحقيقة) ونوقض بالمالك القديم مع المشتري من العدو فإن المالك القديم يأخذه بالقيمة وإن كان له حق الملك وللمشتري حقيقته . وأجيب بأنه ليس بترجيح بل هو جمع بينهما ، وفيه نظر لأن الفرض أن الحقيقة أولى ، فالجمع بينهما تسوية بين الراجح والمرجوح . ويمكن أن يجاب بأن هذه الحقيقة فيها شبهة لأن مبنائها على تملك أهل الحرب ما استولوا عليه من أموالنا أحرزوا بدراهم ، وهو مجتهد فيه فانحطت عن درجة الحقائق فقلنا يأخذه بالقيمة جمعا بينهما

(قال المصنف : والثابت في الأم حق الحرية وفي الولد الحق) أقول : ورد بما إذا باع جارية حبلى فولدت ولدين في بطن واحد لأقل من ستة أشهر فأعتق المشتري أحدهما ثم ادعى البائع الولد الآخر صحته دعوته فيها جيمًا حتى يطل عتق المشتري وذلك نقض العتق كما يرى . وأجيب بأن التوأمين في حكم ولد واحد ، فن ضرورة ثبوت نسب أحدهما في الحكم بصيرورته حرا لأصل ثبوت النسب للآخر (قوله فالجمع بينهما تسوية بين الراجح والمرجوح) أقول : أنت بخير بأنه لا يلزم التسوية مطلقا ، ألا يرى أنه إذا لم يمتحن الجمع يعمل بالحقيقة دون الحق وعند ذلك يظهر رجحان الحقيقة على الحق .

والتدبير بمنزلة الإعناق لأنه لا يحتمل النقص وقد ثبت به بعض آثار الحرية . وقوله في الفصل الأول يردّ عليه بحصته من الثمن قولهما وعنده يردّ بكل الثمن هو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت . قال (ومن باع عبدا ولد عنده وباعه المشتري من آخر ثم ادعاه البائع الأول فهو ابنه ويطل البيع) لأن البيع يحتمل النقص ، وماله من حق

أثبتنا فيصح بناء الجواب عليه (والتدبير بمنزلة الإعناق) أى فى الحكم المذكور ، وكذا الاستيلاء بمنزلة فى ذلك الحكم على ماصرح به صاحبنا النهاية ومعراج الدراية فى صدر مسئلتنا هذه نقلا عن الإمام التمرثاشى (لأنه لا يحتمل النقص وقد ثبت به بعض آثار الحرية) وهو عدم جواز النقل من ملك إلى ملك (وقوله فى الفصل الأول يردّ عليه بحصته من الثمن قولهما) يعنى أن ما ذكر فى الجامع الصغير من قوله وقد أعتق المشتري الأم فهو ابنه يردّ عليه بحصته من الثمن هو قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله (وعنده) أى عند أبى حنيفة (يرد بكل الثمن هو الصحيح كما ذكرنا فى فصل الموت) قوله هو الصحيح احتراز عما ذكره شمس الأئمة فى المبسوط والإمام قاضىخان والإمام المحبوبي فى الجامع الصغير أنه يردّ بما يخص الولد من الثمن لا بكل الثمن عند أبى حنيفة أيضا . بخلاف فصل الموت . وذكروا الفرق بينهما بأن فى الإعناق كذب القاضى البائع فيما زعم أنها أم ولده حين جعلها معتقة المشتري أو مدبرته فلم يبق لزعمه عبدة . وأما فى فصل الموت فبموتها لم يجر الحكم بخلاف ما زعم البائع فبقى زعمه معتبرا فى حقه فردّ جميع الثمن . ثم اعلم أن الذى اختاره المصنف وصححه هو ما ذكره شمس الأئمة فى الجامع الصغير بناء على أن أم الولد لاقيمة لها ، ولكن قالوا إنه مخالف لرواية الأصول ، وكيف يسترد كل الثمن والبيع لم يطل فى الجارية ولهذا لم يطل إعناق المشتري . فإن قيل : ينبغى أن لا يكون للولد حصة من الثمن لحدوثه بعد قبض المشتري ولا حصة للولد الحادث بعد القبض . قلنا : الولد إنما حدث بعد القبض من حيث الصورة ، وأما من حيث المعنى فهو حادث قبل القبض لثبوت علوقه فى ملك البائع ولهذا كان للبائع سبيل من فسخ هذا البيع بالدعوة وإن قبضه المشتري ، وما هو كذلك فله حصة من الثمن إذا استهلكه البائع وقد استهلكه هاهنا بالدعوة ، كذا فى الشروح (قال) أى محمد فى الجامع الصغير (ومن باع عبدا ولد عنده) أى كان أصل العلوق فى ملكه (وباعه المشتري) أى ثم باعه المشتري (من آخر ثم ادعاه البائع الأول فهو ابنه) أى الولد ابن البائع الأول (ويطل البيع) أى يطل البيع الأول والثانى (لأن البيع يحتمل النقص وماله) أى وما للبائع (من حق

(والتدبير بمنزلة الإعناق لأنه لا يحتمل النقص وقد ثبت به بعض آثار الحرية) وهو عدم جواز النقل من ملك إلى ملك (قوله وقوله فى الفصل الأول) يريد به أن ما نقل عن الجامع الصغير من قوله وقد أعتق المشتري الأم فهو ابنه يردّ عليه بحصته من الثمن هو قولهما وعنده يردّ بكل الثمن وهو الصحيح كما ذكرنا فى فصل الموت . وقوله هو الصحيح احتراز عما ذكره شمس الأئمة فى المبسوط وقاضىخان والمحبوبي أنه يردّ بما يخص الولد من الثمن ، بخلاف الموت ، وفرقوا بينهما بأن فى الإعناق كذب القاضى البائع فيما زعم أنها أم ولده حيث جعلها معتقة المشتري أو مدبرته فلم يبق لزعمه عبدة . وأما فى فصل الموت فبموتها لم يجر الحكم بخلاف ما زعم البائع فبقى زعمه معتبرا فى حقه فردّ جميع الثمن ، والذى اختاره المصنف هو ما ذكره شمس الأئمة فى الجامع الصغير بناء على أن أم الولد لا قيمة لها وقالوا إنه مخالف لرواية الأصول ، وكيف يسترد كل الثمن والبيع لم يطل فى الجارية ولهذا لا يطل إعناق المشتري ؟ قيل الواجب أن لا يكون للولد حصة من الثمن بحدوثه بعد قبض المشتري ولا حصة للولد الحادث بعد القبض . وأجيب بأن ذلك من حيث الصورة ، وأما من حيث المعنى فهو حادث قبل القبض وما هو كذلك فله حصة من الثمن إذا استهلكه البائع وقد استهلكه هنا بالدعوة . قال (ومن باع عبدا ولد عنده الخ) والأصل فى هذا أنه إذا

(قال المصنف وقوله فى الفصل الأول الخ) أقول : قوله وقوله مبتدأ وقوله قولها خبره (قوله وقوله هو الصحيح احتراز إلى قوله من الثمن الخ) أقول : قال فى غاية البيان : وهكذا ذكر محمد فى الجامع الصغير حيث قال فيه محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى الرجل يشتري الجارية فتلد عنده ولدا وقد كان أصل الحمل عند البائع وأعتق المشتري الأم ثم ادعى البائع الولد قال : هو ابنه ويردّ عليه حصته من الثمن إلى هنا لفظ محمد ، وهكذا ذكر الحاكم الشيبى فى الكافى والكزيبى والطحاوى فى مختصرهما ، وكذلك ذكر الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير ، وكذلك ذكر شمس الأئمة البيهقى فى الشامل والكفاية (قوله وكيف يسترد كل الثمن) أقول : قال الإمام الزيلعى : بل يردّ حصة

الدعوة لا يحتملها فينقض البيع لأجله ، وكذا إذا كاتب الولد أو رهنه أو أجره أو كاتب الأم أو رهنها أو زوجها ثم كانت الدعوة لأن هذه العوارض تحتمل النقص فينقض ذلك كله وتصح الدعوة ، بخلاف الإعتاق والتبدير على مامر ، وبخلاف ما إذا ادعاه المشتري أولا ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب من البائع لأن النسب الثابت من المشتري لا يحتمل النقص فصار كإعتاقه .

الدعوة لا يحتملها (أى لا يحتمل النقص) فينقض البيع لأجله (أى لأجل ما للبائع من حق الدعوة . قال المصنف (وكذا) أى وكحكم المسئلة السابقة الحكم (إذا كاتب الولد) أى إذا كاتب المشتري الولد (أو رهنه أو أجره أو كاتب الأم) أى كاتب المشتري الأم فيما إذا اشتراها مع ولدها (أو رهنها أو زوجها ثم كانت الدعوة) أى ثم وجدت دعوة البائع (لأن هذه العوارض تحتمل النقص) كالبيع (فينقض ذلك كله) أى فننقض تلك العوارض كلها ذكر اسم الإشارة والضمير بتأويل ما ذكر (وتصح الدعوة) لكونها مما لا يحتمل النقص . واعلم أن هذه المسائل من مسائل المبسوط ذكرها المصنف تفريعا على مسألة الجامع الصغير (بخلاف الإعتاق والتبدير) فإنهما لا يحتملان النقص (على مامر) آتفا (بخلاف ما إذا ادعاه) أى الولد (المشتري أولا ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب من البائع لأن النسب الثابت من المشتري لا يحتمل النقص فصار كإعتاقه) أى كإعتاق المشتري . قال صاحب العناية : ولقائل أن يقول : الثابت بالإعتاق حقيقة الحرية وبالدعوة حقها فأثنى يتساويان . وأما الدعوة من المشتري ومن البائع فيتساويان في أن الثابت بهما حق الحرية فأثنى المرجح . ويمكن أن يجاب عنه بأن التساوى بين العتق والدعوة في عدم احتمال النقص وذلك ثابت البتة ، وترجيح دعوة المشتري على دعوة البائع من حيث أن الولد قد استغنى بالأولى عن ثبوت النسب في وقت لازم احتم له فلاحاجة إلى الثانية انتهى . وأورد بعض الفضلاء على قوله في السؤال الثابت بالإعتاق حقيقة الحرية وبالدعوة حقها بأن قال فيه بحث ، فإن الثابت بها في حق الولد حقيقة الحرية أيضا بل حرية الأصل كما سيجيء انتهى . أقول : هذا مندفع لأن حقيقة حرية الأصل إنما تثبت بالدعوة للولد ، ومراد صاحب العناية أن الثابت بالدعوة للبائع حقها ، لأن مدار الكلام في جنس مانحن فيه من المسائل ، على أن الترجيح هل هو في جانب البائع أو في جانب المشتري ، ولا شك أن الثابت بالدعوة للبائع على كل حال إنما هو الحق وهو حق استلحاق النسب في الولد وحق الاستيلاد في الأم على مامر في الكتاب وتقرر ، وقد عبر عنه صاحب العناية هاهنا بحق الحرية لتأديه إلى الحرية ، وكذا الحال بالنظر إلى دعوة المشتري فانتظم السؤال

حدث في الولد ما يلحقه الفسخ لا يمنع الدعوة فيه ، وعلى هذا إذا باع عبدا ولد عنده يعنى كان أصل العلوق في ملكه ثم باعه المشتري من آخر ثم ادعاه البائع الأول فهو ابنه ويبطل البيع لاحتماله النقص ، وما للبائع من حق الدعوة لا يحتملها فينقض لأجله ، وكذا إذا كاتب الولد أو رهنه أو أجره أو كاتب الأم أو رهنها أو زوجها ثم كانت الدعوة ، لأن هذه العوارض تحتمل النقص فينقض لأجل ما لا يحتملها ، بخلاف الإعتاق والتبدير لما تقدم ، وبخلاف ما إذا ادعاه المشتري أولا ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب من البائع لأن النسب الثابت من المشتري لا يحتمل النقص فصار كإعتاقه . ولقائل أن يقول : الثابت بالإعتاق حقيقة الحرية وبالدعوة حقها فأثنى يتساويان . وأما الدعوة من المشتري ومن البائع فتساويان في أن الثابت بهما حق الحرية فأثنى المرجح . ويمكن أن يجاب عنه بأن التساوى بين العتق والدعوة في عدم احتمال النقص وذلك ثابت البتة . وترجيح دعوة المشتري على دعوة

الولد فقط بأن يقسم الثمن على قيمتهما يعتبر قيمة الأم يوم القبض لأنها دخلت في ضمانه بالقبض ، وقيمة الولد يوم الولادة لأنه صار له القيمة بالولادة فيعتبر قيمته عند ذلك انتهى . وفي غاية البيان نقلا عن مختصر الكرخي وكفاية شمس الأئمة البيهقي أنه يقسم الثمن على قيمة الأم يوم وقع العقد وعلى قيمة الولد يوم ولد (قوله ولقائل أن يقول الثابت البيع) أقول : فيه بحث ، فإن الثابت بها في حق الولد حقيقة الحرية أيضا بل حرية الأصل كما سيجيء آتفا .

قال (ومن ادعى نسب أحد التوأمين ثبت نسبهما منه) لأنهما من ماء واحد ، فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر . وهذا لأن التوأمين ولدان بين ولادتهما أقل من ستة أشهر فلا يتصور علوق الثاني حادثاً لأنه لا حبل لأقل من ستة أشهر . وفي الجامع الصغير : إذا كان في يده غلامان توأمين ولداً عنده فباع أحدهما وأعتقه المشتري ثم ادعى البائع الذي في يده فهما ابناه وبطل عتق المشتري ، لأنه لما ثبت نسب الولد الذي عنده لمصادفة العلوق والدعوة ملكه إذ المسئلة مفروضة فيه ثبت به حرية الأصل فيه فيثبت نسب الآخر ، وحرية الأصل فيه ضرورة لأنهما توأمين ، فتبين أن عتق المشتري وشراؤه لا في حرية الأصل فبطل ،

والجواب وإن كان في تقريره نوع ضيق واضطراب (قال) أي القدرى في مختصره (ومن ادعى نسب أحد التوأمين التوأم اسم للولد إذا كان معه آخر في بطن واحد ، يقال هما توأمين كما يقال هما زوجان : وقولهم هما توأم وهما زوج خطأ ، ويقال للأثنى توامة ، كذا في المغرب . ولكن الإمام شمس الأئمة السرخسي ذكر في المبسوط أن ذكر التوأم مكان التوأمين صحيح في اللغة ، حتى لو قال غلامان توأم وغلامان توأمين كلاهما صحيح عند أهل اللغة ، كذا في النهاية وغيرها (ثبت نسبهما منه) أي ثبت نسب التوأمين معا من ادعى نسب أحدهما (لأنهما من ماء واحد ، فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر ، وهذا أي كونهما من ماء واحد (لأن التوأمين ولدان بين ولادتهما أقل من ستة أشهر فلا يتصور علوق الثاني حادثاً) أي بعد ولادة الأول (لأنه لا حبل لأقل من ستة أشهر) لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر ، ولا يتصور علوق الثاني على علوق الأول لأنها إذا حبلت ينسد فم الرحم ، كذا في الكافي وغيره ، وكان المصنف لم يتعرض لدفع هذا الإحتمال لكونه أمراً معلوماً في غير هذا الفن (وفي الجامع الصغير) قال في العناية : ذكر رواية الجامع الصغير لاشتغالها على صورة بيع أحدهما ودعوى النسب في الآخر بعد إعتاق المشتري انتهى . وقال في معراج الدرارية ، إنما أعاد لفظ الجامع لما فيه زيادة وهي قوله ولداً عنده ، وفيه إشارة إلى كون العلوق في ملك المدعى انتهى (إذا كان في يده غلامان توأمين ولداً عنده فباع أحدهما وأعتقه المشتري ثم ادعى البائع الذي في يده فهما ابناه وبطل عتق المشتري) إن كانت الرواية بكسر الراء فالعتق بمعنى الإعتاق وإن كانت بالفتح فلا حاجة إلى التأويل ، كذا في العناية . قال المصنف في التعليل (لأنه لما ثبت نسب الولد الذي عنده لمصادفة العلوق والدعوة ملكه إذ المسئلة مفروضة فيه) أي في أن يصادف العلوق والدعوة ملكه ، فإن في قوله ولداً عنده إشارة إلى مصادفة العلوق ملكه ، وفي قوله ثم ادعى البائع الذي في يده تصريح بمصادفة الدعوى ملكه (ثبت به حرية الأصل) جواب لما ثبت نسب الولد الذي عنده : أي ثبت حرية الأصل في هذا الولد (فيثبت نسب الآخر) أي فيثبت نسب الولد الآخر الذي كان باعه وأعتقه المشتري (وحرية الأصل فيه) أي ويثبت حرية الأصل في ذلك الولد أيضاً (ضرورة لأنهما توأمين) وهما من ماء واحد (فتبين أن عتق المشتري وشراؤه لا في حر الأصل فبطل) أي فبطل كل واحد من عتقه وشراؤه . قال في الكافي : وكان هذا نقض الإعتاق بأمر

البائع من حيث أن الولد قد استغنى بالأولي عن ثبوت النسب في وقت لا مزاحم له فلا حاجة إلى الثانية (ومن ادعى نسب أحد التوأمين ثبت نسبهما منه) وكلامه فيه ظاهر : وذكر رواية الجامع الصغير لاشتغالها على صورة بيع أحدهما ودعوى النسب في الآخر بعد إعتاق المشتري ، قال شمس الأئمة السرخسي : يجوز أن يقال غلامان توأم وتوأمين . قوله (وبطل عتق المشتري) إن كانت الرواية بكسر الراء فالعتق بمعنى الإعتاق ، وإن كانت بالفتح فلا حاجة إلى التأويل وكلامه ظاهر ، وقد تقدم الكلام

(قوله لاشتغالها على صورة الخ) أقول : ولاشتغالها على زيادة وهي قوله ولداً عنده والقدرى ساكت عنها ، وجواب مسئلة الجامع منى على هذه الزيادة (قوله قال شمس الأئمة : يجوز أن يقال غلامان توأم . وتوأمين) أقول : وفي المغرب التوأم اسم للولد إذا كان معه آخر في بطن واحد يقال هما توأمين ، وقولهم هما توأم وهما زوج خطأ ، ويقال للأثنى توامة انتهى . فأني المغرب يخالف ما ذكره شمس الأئمة السرخسي (قوله وقد تقدم الكلام) أقول : في الصحيفة السابقة .

بمخلاف ما إذا كان الولد واحدا لأن هناك يبطل العتق فيه مقصودا لحق دعوة البائع وهنا ثبت تبعاً لحرية فيه حرية الأصل فافترقا (ولو لم يكن أصل العلوق في ملكه ثبت نسب الولد الذي

فوقه وهي الحرية الثابتة بأصل الحلقة انتهى (بمخلاف ما إذا كان الولد واحدا) حيث لا يبطل فيه إعتاق المشتري بدعوى البائع نسبه كما مر (لأن هناك) أى في مسألة الولد الواحد (يبطل العتق فيه) أى في الولد (مقصودا) يعنى لو صححت الدعوة من البائع هناك لبطل العتق في الولد مقصودا (لحق دعوة البائع) وأنه لا يجوز لما تقدم أن حق الدعوة لا يعارض حقيقة الإعتاق (وها هنا) أى في مسألة التوأمين (ثبت تبعاً لحرية في حرية الأصل) أى يثبت بطلان إعتاق المشتري فيما اشتراه تبعاً لحرية حرية الأصل لحرية التحرير ، فالضمير في حرته راجع إلى المشتري بالفتح . وقوله فيه متعلق بقوله يثبت ، والضمير راجع إلى المشتري كذلك . وقوله حرية الأصل بدل من قوله لحرية ، وإنما أبدل به إشارة إلى سبقها ليتبين بذلك أن البيع لم يكن صحيحاً بالإعتاق لم يصادف محله فكان خليفاً بالرد والإبطال ، كذا في العناية . أقول : هذا شرح صحيح ، إلا أنه يكون في كلام المصنف حينئذ تعقيد لفظي بالتقديم والتأخير حيث كان حق الأداء على هذا المعنى أن يقال : وها هنا يثبت فيه تبعاً لحرية حرية الأصل كما لا يخفى ، وكأن متقدمي الشراح هربوا عنه حيث قال صاحباً النهاية والكفاية في بيان معنى كلام المصنف ها هنا : أى يثبت بطلان إعتاق المشتري بطريق التبعية لحرية المشتري الذي كانت الحرية فيه حرية الأصل انتهى . وقال صاحب غاية البيان : يعنى فيما نحن فيه يثبت بطلان إعتاق المشتري لا مقصودا بل تبعاً لثبوت الحرية الأصلية الثابتة في الذي باعه اهـ . فإن الظاهر مما بينوا من المعنى أن لا يكون قول المصنف فيه متعلقاً بقوله يثبت بل أن يكون متعلقاً بمقدر وهو الكائنة أو الثابتة على أنه صفة لحرية فلا يلزم التعقيد . أقول : لعل المحذور فيه أشد من الأول ، فإن الحرية بعد أن تضاف إلى الضمير الراجع إلى المشتري لا يبقى احتمال أن لا يكون قول المصنف فيه متعلقاً بقوله تثبت ، وإلا فيلزم أن يكون قول المصنف فيه على المعنى الذي ذكره لغوا من الكلام ، وإنما يتم ذلك المعنى أن لو كان كلام المصنف وها هنا يثبت تبعاً لحرية فيه يدون الإضافة كما لا يخفى (فافترقا) أى فافترق ما نحن فيه من مسألة التوأمين ، وما إذا كان الولد واحداً حيث لزم بطلان العتق هناك أصالة وقصداً ، وفيما نحن فيه ضمناً وتبعاً ، وكما من شيء يثبت ضمناً وتبعاً ولا يثبت أصالة وقصداً . قال في معراج الدراية : إلى هذا أشار قاضيخان والمرغيناني في فوائده والسرخسي في جامعهم . وقال في النهاية بعد شرح كلام المصنف على هذا المنوال : أو نقول في مسئلتنا لا يبطل عتق المشتري الذي يثبت منه بل يظهر بدعوة البائع لما في يده من أحد التوأمين أن إعتاق المشتري لم يلاق محله لأنه ظهر أنه كان حر الأصل وتحرير الحر باطل لأن فيه إثبات الثابت ، وذلك لا يصح كما ذكرناه من الفوائد الظهيرية (فلو لم يكن أصل العلوق في ملكه) يعنى أن الذي ذكر من قبل إذا كان أصل العلوق في ملك المدعى ولو لم يكن أصل العلوق في ملكه والمسئلة بحالها (ثبت نسب الولد الذي

فيه سؤالا وجوابا . قوله (بمخلاف ما إذا كان الولد واحداً لأن هناك يبطل العتق فيه مقصودا) يعنى على تقدير تصحيح الدعوة من البائع ، وقد تقدم أن حق الدعوة لا يعارض الإعتاق (وها هنا) أى في مسألة التوأمين (ثبت) بطلان إعتاق المشتري في المشتري (تبعاً لحرية فيه حرية الأصل) لحرية التحرير فالضمير في حرته راجع إلى المشتري بالفتح . وقوله فيه يتعلق بقوله يثبت ، والضمير للمشتري كذلك . وقوله حرية الأصل بدل من قوله لحرية ، وإنما أبدل به إشارة إلى سبقها ليتبين بذلك أن البيع لم يكن صحيحاً ، فالإعتاق لم يصادف محله فكان خليفاً بالرد والإبطال (ولو لم يكن أصل العلوق في ملك المدعى يثبت نسب الولد الذي

(قال المصنف : وهنا يثبت تبعاً لحرية) أقول : وكما من شيء يثبت ضمناً وتبعاً ولا يثبت قصداً وأصالة (قوله يثبت بطلان إعتاق المشتري في المشتري) أقول : قوله في المشتري متعلق بقوله يثبت (قوله والضمير للمشتري كذلك) أقول : أى للمشتري بالفتح (قال المصنف : ولو لم يكن أصل العلوق الخ) أقول : قال الزيلعي : بأن اشتراهما بعد الولادة أو اشتري أمهما وهي حبل بهما أو باعها فجاءت بهما لا أكثر من سنتين فيثبت نسبهما أيضاً لأنهما لا يفترقان فيه ، لكن لا يمتنع الذي ليس في ملكه انتهى . وهذا الاحتمال لا يلائم ما نحن فيه .

عنده ، ولا ينتقض البيع فيما باع) لأن هذه دعوة تحرير لانعدام شاهد الاتصال فيقتصر على محل ولايته . قال (وإذا كان الصبي في يد رجل فقال هو ابن عبدى

عنده) أى ثبت نسب الولد الذى عند البائع بمصادفة الدعوة ملكه فيثبت النسب للولد الآخر أيضا ضرورة لأن التوأمين لا ينفكان نسبا (ولا ينتقض البيع فيما باع) ولا يبطل عتق المشتري فيه (لأن هذه) أى لأن دعوة البائع هاهنا (دعوة تحرير) لدعوة استيلاء (لانعدام شاهد الاتصال) أى لانعدام شاهد اتصال العلوق بملك المدعى حيث لم يكن أصل العلوق فى ملكه ، ومن شرط دعوة الاستيلاء اتصال العلوق بملك المدعى (فيقتصر على محل ولايته) أى إذا كانت هذه دعوة تحرير فيقتصر على محل ولاية المدعى وصار كأن البائع اعتقهما فيعتق من فى ملكه عليه فحسب ، وليس من ضرورة حرية أحد التوأمين بعتق عارض حرية الآخر فلماذا لا يعتق الذى عند المشتري على البائع ، كذا فى الكافي . وقال كثير من الشراح فى شرح قول المصنف لأن هذه دعوة تحرير الخ ، لأنه لما لم يكن أصل علوقهما فى ملك البائع كانت دعوته دعوة تحرير فكان قوله هذا ابني مجازا عن قوله هذا حر ، ولو قال لأحد التوأمين هذا حر كان تحريرا مقتصرا على محل ولايته ، فكذا دعوة التحرير . أقول : يرد على قولهم فكان قوله هذا ابني مجازا عن قوله هذا حر أنه لو كان كذلك لما ثبت نسب أحد من الولدين منه لأن المصير إلى المجاز عند تعدد إعمال الحقيقة ، وقد صرحوا بثبوت نسبهما منه . وتفصيل المقام أنه قد مر فى كتاب المتناق أنه إذا قال لعبد يولد مثله لمثله هذا ابني ، فإن لم يكن للعبد نسب معروف يثبت نسبه منه لأن ولاية الدعوة بالملك ثابتة والعبد محتاج إلى النسب فيثبت منه . وإذا ثبت عتق لأنه يستند النسب إلى وقت العلوق ، فإن كان له نسب معروف لا يثبت نسبه منه للتعدى ويعتق إعمالا للفظ فى مجازه عند تعدد إعماله فى حقيقته ، وإن قال لغلام لا يولد مثله لمثله هذا ابني عتق عند أبي حنيفة ، وقالوا : لا يعتق وهو قول الشافعي . لهم أنه كلام محال فيرد ويلغو . ولأبي حنيفة أنه محال بحقيقته لكنه صحيح بمجازه لأنه إخبار عن حرية من حين ملكه وهذا لأن البتة فى المملوك سبب لخريته وإطلاق السبب وإرادة المسبب مستجاز فى اللغة تجوزا ، ولأن الحرية ملازمة للبتة فى المملوك والمشابهة فى وصف ملازم من طرق المجاز على ما عرف فيحمل عليه تحرزا عن الإلغاء انتهى . فقد تلخص من ذلك كله أن ثبوت النسب فيما إذا قال لغلام هذا ابني إنما يكون فى صورة واحدة من الصور الثلاث المذكورة وهى : أن يكون الغلام ممن يولد مثله لمثله ولا يكون معروف النسب ولكن يجرى اللفظ فى هذه الصورة على حقيقته . وأما فى صورتين الأخريين فيصير اللفظ محمولا على مجازه لكن لا يثبت النسب فيهما فلم توجد صورة يثبت فيها النسب ويكون اللفظ مجازا فلم يصح ما قاله هؤلاء الشراح (قال) أى محمد فى الجامع الصغير (وإذا كان الصبي فى يد رجل قال) أى ذلك الرجل (هو) أى الصبي (ابن عبدى

عنده ولا ينتقض البيع فيما باع) لأنه لما لم يكن أصل العلوق فى ملكه انعدم شاهد الاتصال بالمدعى ، فكان قوله هذا ابني مجازا عن قوله هذا حر دعوة تحرير ، ولو قال لأحد التوأمين هذا حر كان تحريرا مقتصرا على محل ولايته فكذا دعوة التحرير . ونوقض بما إذا اشترى الرجل أحد التوأمين وأبوه الآخر فادعى أحدهما الذى فى يده أنه ابنه يثبت نسبهما منه ويعتقان جميعا ، ولم تقتصر دعوة التحرير على محل ولايته مع عدم شاهد الاتصال ، إذ الكلام فيه . وأجيب بأن ذلك لمعنى آخر وهو أن المدعى إذا كان هو الأب فالابن قد ملك أخاه فيعتق عليه ، وإن كان هو الابن فالأب ملك حافده فيعتق عليه ولا يكاد يصح مع دعوة التحرير . قال (وإذا كان الصبي فى يد رجل الخ) إذا كان الصبي فى يد رجل أقر أنه ابن عبده فلان أو ابن فلان الغائب ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه لم تصح دعوته فى وقت من الأوقات لاحالا ولا مستقبلا . أما لاحالا فظاهر لوجود المانع وهو تعلق حق الغير ، وأما استقبالا فلأن الغائب لا يخلو حاله عن ثلاث : إما أن يصدقه أو يكذبه أو يسكت عن التصديق والتكذيب . ففى الوجه الأول والثالث لا تصح دعوته بالاتفاق لأنه لم يتصل بإقراره تكذيب من جهة المقر له فبقى إقراره

(قوله فكان قوله هذا ابني مجازا الخ) أقول : فيه بحث ، لأنه لو كان مجازا كما ذكره لما ثبت نسب الذى ليس عنده ، بل نسب الذى عنده والمصرح بخلافه فليتأمل ، ثم قوله دعوة بدل من قوله مجازا أو خبرا بعد خبر ، وقوله مجازا حال .

فلان الغائب ثم قال هو ابني لم يكن ابنه أبدا وإن جحد العبد أن يكون ابنه (وهذا عند أبي حنيفة) وقالوا : إذا جحد العبد فهو ابن المولى) وعلى هذا الخلاف إذا قال هو ابن فلان ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه . لهما أن الإقرار ارتد برد العبد فصار كأن لم يكن الإقرار ، والإقرار بالنسب يرتد بالرد وإن كان لا يحتمل النقص ؛ ألا يرى أنه يعمل فيه الإكراه والهزل

فلان الغائب ثم قال هو ابني لم يكن ابنه) أى لم يكن ذلك الصبي ابن ذلك الرجل (أبدا) قال صاحب النهاية ومعراج الدراية : يعنى سواء صدقه العبد الغائب أو كذبه أو لم يعرف منه تصديق ولا تكذيب . وقال تاج الشريعة : يعنى وإن جحد العبد أن يكون هو ابنه . أقول : لا يخفى على الفطن أنه يلزم على هذا المعنى استدراك قول المصنف (وإن جحد العبد أن يكون ابنه) سيما على ما قاله تاج الشريعة ، اللهم إلا أن يحمل على التأكيد تقريراً لكون المعنى هذا لكن فيه مافيه ، وقد أشار صاحب العناية إلى كون المعنى لم يكن ابنه أبدا : أى في وقت من الأوقات لاحالاً ولا مستقبلاً حيث قال في تقرير المسئلتين : وإذا كان الصبي في يد رجل أقر أنه ابن عبده فلان أو ابن فلان الغائب ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه لم تصح دعوته في وقت من الأوقات لاحالاً ولا مستقبلاً انتهى . أقول : الحق أن المراد هاهنا هذا المعنى لوجوه : أحدهما اندفاع الاستدراك المذكور به وهو ظاهر . وثانيها أن الأبد على هذا المعنى يكون على أصل معناه وهو عموم الأوقات وعلى المعنى الأول يصير مصرّوفاً عنه إلى عموم الأحوال كما ترى . وثالثها أنه يظهر حينئذ فائدة تقييد فلان بالغائب في وضع مسئلتنا دون المعنى الأول فإن المقر له الحاضر والغائب سيان بالنظر إلى الأحوال المذكورة في المعنى الأول : أعنى التصديق والتكذيب والسكوت عنهما ، إذ يتصور من كل واحد منهما كل واحدة من تلك الأحوال في وقت ما فلا فائدة في التقييد بالغائب على إرادة عموم الأحوال . وأما بالنظر إلى الأوقات المذكورة في هذا المعنى : أعنى الحال والأوقات المستقبلة فهما : أى المقر له الحاضر والغائب متفاوتان حيث لا يتصور الجحود من الغائب في الحال لعدم علمه فيها ما أقر به المقر ، ويتصور ذلك منه في الاستقبال بأن يعلمه بعد أن يحضر ، بخلاف الحاضر فإنه يتصور منه الجحود في الحال والاستقبال بلا فرق بينهما ، فاحتمل في حق الغائب اختصاص الحكم بعدم كون الصبي ابن المقر بوقت لا يتصور فيه الجحود من المقر له وهو الحال ولم يحتمل ذلك في حق الحاضر ، فلو أطلق فلاناً ولم يقيد بالغائب على إرادة عموم الأوقات لتبادر إلى الفهم كون الحكم المذكور عند كون المقر له حاضراً فقط ، ولما قيدنا بالغائب علم ثبوت الحكم المذكور عند كون المقر له غائبا عبارة ، وثبوته عند كونه حاضراً أيضاً دلالة ؛ فظهر فائدة التقييد بالغائب على هذا المعنى . ثم اعلم أنه لا يشترط لهذا الحكم أن يكون الصبي في يده ، وذكره في الكتاب وقع اتفاقاً نص عليه الإمام الزبلي في التبيين (وهذا عند أبي حنيفة) أى حكم المسئلة المذكورة على إطلاقه إنما هو عند أبي حنيفة رحمه الله . وفي المبسوط : لكن يعتق عليه وإن لم يثبت نسبه من المولى ، كذا في النهاية ومعراج الدراية (وقالوا : إذا جحد العبد فهو) أى الصبي (ابن المولى) يعنى ادعى المولى لنفسه بعد جحود العبد نسبه كذا في النهاية . قال المصنف (وعلى هذا الخلاف إذا قال) أى إذا قال للذي في يده الصبي (هو ابن فلان ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه) هذه من مسائل المبسوط ذكرها المصنف تفريعا ، كذا في غاية البيان (لهما أن الإقرار) أى الإقرار بالنسب وهو قوله هو ابن عبدي فلان الغائب (ارتد برد العبد فصار كأن لم يكن الإقرار) أى فصار كأنه لم يقر لأحد وادعاه لنفسه (والإقرار بالنسب) أى الإقرار بالنسب يرتد بالرد وإن كان لا يحتمل النقص (أى كان النسب لا يحتمل النقص (ألا يرى أنه يعمل فيه الإكراه والهزل) حتى لو أكرهه بينوة عبد فأقر بها لا يثبت النسب ، وكذا لو

وفي الوجه الثاني لم تفصح دعوته عند أبي حنيفة خلافا لهما ، وقالوا : الإقرار بالنسب يرتد بالرد ، ولهذا إذا أكرهه على الإقرار بنسب عبد فأقر به لا يثبت ، وكذا لو هزل به ، فإذا ردة العبد كان وجوده وعدمه على حد سواء فصار كأنه لم يقر لأحد وادعاه لنفسه وصار كما إذا أقر المشتري على البائع بإعتاق المشتري فكذبه البائع ثم قال المشتري أنا أعتقته فإن الولاء يتحول

(قال المصنف : ألا يرى أنه يعمل فيه الإكراه والهزل) أقول : وإن كانا لا يميلان فيما لا يحتمل النقص ،

فصار كما إذا أقرّ المشتري على البائع بإعتاق المشتري فكذبه البائع ثم قال أنا أعتقته يتحول الولاء إليه ، بخلاف ما إذا صدقه لأنه يدعى بعد ذلك نسباً ثابتاً من الغير ، وبخلاف ما إذا لم يصدقه ولم يكذبه لأنه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه فيصير كولد الملاعة فإنه لا يثبت نسبه من غير الملاعن لأن له أن يكذب نفسه . ولأبي حنيفة أن النسب مما لا يحتمل النقص بعد ثبوته والإقرار بمثله لا يرتد بالرد فبقي فتمتنع دعوته . كمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لهمة ثم ادعاه لنفسه ، وهذا لأنه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه ، حتى لو صدقه بعد التكذيب يثبت النسب منه ،

أقرّ بها هازلاً (فصار) أي فصار حكم هذه المسئلة (كما إذا أقرّ المشتري على البائع بإعتاق المشتري) بفتح الراء (فكذبه البائع ثم قال) أي المشتري (أنا أعتقته يتحول الولاء إليه) أي فإنه يتحول الولاء إلى المشتري وصار كأنه لم يقرّ أصلاً (بخلاف ما إذا صدقه) أي بخلاف ما إذا صدق المقر له المقر في مسئلتنا حيث لا يصح فيه دعوة المولى بالاتفاق (لأنه) أي المقر (يدعى بعد ذلك) أي بعد تصديق المقر له إياه (نسباً ثابتاً من الغير) وهو لا يصح (وبخلاف ما إذا لم يصدقه ولم يكذب) بل سكت عن التصديق والتكذيب حيث لا يصح فيه أيضاً دعوة المولى بالاتفاق (لأنه تعلق به) أي بالصبي (حق المقر له على اعتبار تصديقه) أي على اعتبار احتمال تصديقه (فيصير كولد الملاعة ، فإنه لا يثبت نسبه من غير الملاعن لأن له أن يكذب نفسه) يعني أن الاحتمال جانب التصديق تأثيراً فيما نحن فيه كما أن الاحتمال جانب التكذيب تأثيراً في ولد الملاعة (ولأبي حنيفة أن النسب مما لا يحتمل النقص بعد ثبوته) وهذا بالاتفاق (والإقرار بمثله) أي بمثل ما لا يحتمل النقص بعد ثبوته (لا يرتد بالرد) يعني وما كان كذلك فالإقرار به لا يرتد بالرد : أي لا يبطل بالتكذيب ، كمن أقرّ بحرية عبد إنسان وكذبه المولى لا يبطل إقراره ، حتى لو اشتراه بعد ذلك يعتق عليه كما ذكره الإمام قاضيه خان وذكر في الشروح (فبقي) أي بقي الإقرار في حق المقر وإن لم يثبت في حق المقر له ، كذا في الكفاية وشرح تاج الشريعة (فتمتنع دعوته) أي فتمتنع دعوة المقر بعد الرد أيضاً (كمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لهمة) كالعتق والقراءة (ثم ادعاه) أي ثم ادعاه الشاهد (لنفسه) حيث لا تصح دعوته . واعلم أن الإمام فخر الإسلام ذكر هذه المسئلة في شرح الجامع الصغير على هذا المتوال حيث قال : وكذلك من شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته بغير ثم ادعاه الشاهد لم تصح انتهى . فافقني المصنف أثره فأوردنا هاهنا كذلك . وأما شيخ الإسلام علاء الدين الإسيباني فقد ذكر أنها أيضاً على هذا الخلاف حيث قال في شرح الكافي للحاكم الشهيد : وعلى هذا الخلاف إذا شهد أنه ابن فلان فلم تقبل هذه الشهادة ثم ادعاه لنفسه لا تقبل عند أبي حنيفة خلافاً لما انتهى (وهذا) إشارة إلى قوله والإقرار بمثله لا يرتد بالرد (لأنه تعلق به) أي بالنسب (حق المقر له على اعتبار تصديقه ، حتى لو صدقه بعد التكذيب يثبت النسب منه) أي من المقر له ،

إليه ، بخلاف ما إذا صدقه لأنه يدعى بعد ذلك نسباً ثابتاً من الغير وهو لا يصح ، وبخلاف ما إذا لم يصدقه ولم يكذب لأنه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه فيصير كولد الملاعة فإنه لا يثبت نسبه من غير الملاعن لاحتمال تكذيبه نفسه . ولأبي حنيفة أن النسب مما لا يحتمل النقص بعد ثبوته ، وهذا بالاتفاق ، وما كان كذلك فالإقرار به لا يرتد بالرد ، لأن الإقرار به يتضمن شيئين : خروج المقر عن الرجوع فيما أقربه لعدم احتمال النقص كالإقرار بالطلاق والعتاق ، وتعلق حق المقر له به ، وبتكذيب العبد لا يبطل شيء منهما . أما الأول فلأن تكذيبه لا يمس جانبه لما قلنا . وأما الثاني فلأنه ليس حقه على الخلو بل فيه حق الولد أيضاً وهو لا يقدر على إبطاله . ونظر الإمام فخر الإسلام بمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لهمة من قرابة

(قوله بخلاف ما إذا صدقه) أقول : أي صدق المقر له بالنسب المقر (قال المصنف : ولأبي حنيفة أن النسب الخ) أقول : ولا جواب فيما ذكره عن قولها ، ألا يرى أنه يعمل فيه الإكراه والهمز (قوله لعدم احتمال النقص) أقول : فيه نوع مصادرة (قوله وأما الثاني فلأنه الخ) أقول : لا ينبغي عليك عدم ملازمة الشرح للشروح (قال المصنف : ثم ادعاه لنفسه) أقول : فإنها لا تصح ، لكن ذكر العلامة علاء الدين الإسيباني في شرح الكافي للحاكم الشهيد أن مسألة رد الشهادة ثم الادعاء على الخلاف أيضاً لا يقبل عنده خلافاً لما (قال المصنف : وهذا لأنه تعلق به حق المقر له) أقول : قال الإيتاني : إشارة إلى قوله لا يحتمل النقص انتهى . وفيه بحث ، بل هو إشارة إلى قوله والإقرار بمثله

وكذا تعلق به حق الولد فلا يرتد برّد المقرّ له ، و مسألة الولاء على هذا الخلاف ، ولو سلم فالولاء قد يبطل باعتراض الأقوى كجبرّ الولاء من جانب الأم إلى قوم الأب . وقد اعترض على الولاء الموقوف ما هو أقوى وهو دعوى المشتري فيبطل به ، بخلاف النسب على ما مر .

ولما جاز أن يثبت النسب منه بعد التكذيب بقي له حق الدعوة ومع بقاء حقه لاتصح دعوة المقر كما إذا لم يصدقه ولم يكذبه ، (وكذا تعلق به حق الولد) من جهة احتياجه إلى النسب (فلا يرتد برّد المقر له) لتعلق حقه وحق الولد . هكذا ينبغي أن يشرح هذا المقام ، ولا يلتفت إلى ما في العناية وغيرها مما لا يساعده تقرير المصنف ولا يطابقه تحريره كما لا يخفى على ذى فطرة سليمة (ومسألة الولاء على هذا الخلاف) إشارة إلى الجواب عن استشهادهما بمسألة الولاء بأنها أيضا على هذا الخلاف فلا تنهض شاهدة لما قالاه وحجة على ما قاله (ولو سلم) أى ولو سلم كون مسألة الولاء على الاتفاق (فالولاء قد يبطل باعتراض الأقوى كجبرّ الولاء من جانب الأم إلى قوم الأب) صورة : معتقة تزوجت بعد ولدت منه أولادا فجنى الأولاد كأن عقل جنائتهم على موالى الأب : لأن الأب ليس من أهل الولاء فكان الولد ملحقا بقوم الأم ، فإن أعتق العبد جر ولاء الأولاد إلى نفسه ، كذا روى عن عمر رضى الله عنه ، ذكره قاضيه خان ، كذا فى النهاية ومعراج الدراية (وقد اعترض على الولاء الموقوف) وهو الولاء من جانب البائع ، وإنما سماه موقوفا لأنه على عرضية التصديق بعد التكذيب ، كذا فى النهاية وغيرها (ما هو أقوى وهو دعوى المشتري) لأن الملك له قائم فى الحال فكان دعوى الولاء مصادفا لمحلّه لوجود شرطه وهو قيام الملك ، كذا فى العناية وأكثر الشراح . وقال بعض الفضلاء : فيه بحث ، لأنه كيف يقوم الملك وهو مقرّ بأنه معتق . قال فى الكافي : إن المشتري إذا أقرّ أن البائع كان أعتق ما باعه وكذبه البائع فإنه لا يبطل ذلك ولكنه يعتق عن المقر انتهى . ولا يخفى دلالة على ما قلناه ، إلى هنا كلام ذلك البعض . أقول : بحسب ظاهر التقوط ، لأن المشتري إنما أقرّ أولا بأن ما اشتراه معتق البائع لأبأنه معتق نفسه وقد كذبه البائع ، وهذا لا ينافى قيام الملك له فى الحال : أى فى حال دعوى الإعتاق لنفسه ثانيا ، وإنما لا يقوم الملك له فى الحال لو كان أقرّ ابتداء بأنه معتق نفسه ، أو كان أقرّ بأنه معتق البائع وصدقه البائع وليس فليس . وأما ما ذكره فى الكافي فعلى تقدير تمامه يجوز أن يكون مبنيا على كون مسألة الولاء أيضا على هذا الخلاف كما ذكره المصنف أولا حيث قال : ومسألة الولاء على هذا الخلاف . ولا يخفى أن مبنى الكلام هاهنا على تسليم كون بطلان الإقرار وتحولّ الولاء فى مسألة الولاء متفقا عليه كما ينصح عنه قول المصنف ولو سلم الخ ، وحينئذ لاشك فى قيام الملك للمشتري إلى حال دعوى الإعتاق لنفسه فلا وجه لاشتباه المقام وخطب الكلام (فبطل به) أى بطل الولاء الموقوف باعتراض ما هو الأقوى الذى هو دعوى المشتري (بخلاف النسب) يعنى أنه لا يبطل باعتراض شيء أصلا (على ما مر) وهذا إشارة إلى قوله إن النسب مما لا يحتل النقض بعد ثبوته ، وعليه أخذ أكثر الشراح . قال فى الكافي : بخلاف النسب كما مر فى ولد الملاعة فإنه لا يثبت نسبه من غير الملاعن لاحتمال ثبوته من الملاعن انتهى .

أو فسق ثم ادعاه الشاهد لنفسه فإنها لاتصح ، وكذلك أوردتها المصنف ، وذكر الإسيبيجاني أنها على الخلاف لاتقبل عند أبي حنيفة خلافا لهما . قوله (ومسألة الولاء) جواب عن استشهادهما بها بأنها على الخلاف فلا تنهض شاهدة . سلمناه ولكن الولاء قد يبطل باعتراض الأقوى فجبرّ الولاء من جانب الأم إلى جانب الأب وصورته معروفة ، وإنما لا يبطل إذا تقرّر سببه ولم يتقرّر لأنه على عرضية التصديق بعد التكذيب فكان الولاء موقوفا ، وقد اعترض عليه ما هو أقوى وهو دعوى المشتري لأن الملك له قائم فى الحال فكان دعوى الولاء مصادفا لمحلّه لوجود شرطه وهو قيام الملك فيبطل ، بخلاف النسب على ما مر أن النسب مما لا يحتل النقض ، وهذا يصلح مخرجا : أى حيلة على أصل أبي حنيفة فيمن يبيع الولد ويخاف المشتري عليه الدعوة بعد ذلك

لا يرتد بالرد (قوله ولم يتقرّر لأنه الخ) أقول : تأمل فى صحة هذا التعليل فإن سقامته ظاهرة ولو كان اللفظ إلا أنه لم يتوجه (قوله لأن الملك له قائم فى الحال) أقول : فيه بحث ، كيف يقوم الملك وهو مقرّ بأنه معتق . قال فى الكافي : إن المشتري إذا أقرّ أن البائع كان أعتق ما باعه وكذبه البائع فإنه لا يبطل ذلك ولكنه يعتق عن المقر انتهى . ولا يخفى دلالة على ما قلناه فليتأمل .

وهذا يصلح مخرجا على أصله فيمن يبيع الولد ويخاف عليه الدعوة بعد ذلك فيقطع دعواه إقراره بالنسب لغيره . قال (وإذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدى فهو ابن النصراني وهو حر) لأن الإسلام مرجح فيستدعى تعارضا ، ولا تعارض لأن نظر الصبي في هذا أوفر لأنه ينال شرف الحرية حالا وشرف الإسلام مآلا ، إذ دلائل الوجدانية ظاهرة ، وفي عكسه الحكم بالإسلام تبعا وحرمانه عن الحرية لأنه ليس في وسعه اكتسابها

وحمل عليه صاحب الكفاية مراد المصنف أيضا . والحاصل أن النسب ألزم من الولاء ، فإن الولاء يقبل البطلان في الجملة والنسب لا يقبله أصلا فلا يصح قياس النسب على الولاء (وهذا) أى إقرار البائع بنسب ما باعه لغيره (يصلح مخرجا) أى حيلة (على أصله) أى على أصل أبي حنيفة (فيمن يبيع الولد ويخاف عليه) أى يخاف المشتري على الولد (الدعوة بعد ذلك) من البائع (فيقطع دعواه) أى فإنه يقطع دعوى البائع (بإقراره بالنسب لغيره) قال الإمام المحبوبي : صورته رجل في يده صبي ولد في ملكه وهو يبيعه ولا يأمن المشتري أن يدعيه البائع يوما فينتقض البيع فيقرّ البائع بكون الصبي ابن عبده الغائب حتى يأمن المشتري من انتقاض البيع بالدعوى عند أبي حنيفة فإن هذا يكون حيلة عنده . وفي الفوائد الظهيرية : الحيلة في هذه المسئلة على قول الكل أن يقرّ البائع أن هذا ابن عبده الميت حتى لا يتأني فيه تكذيب فيكون مخرجا على قول الكل ، كذا في النهاية (قال) أى محمد في الجامع الصغير (وإذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدى فهو ابن النصراني وهو حر) وفي الفوائد الظهيرية وغيرها : هو ابن النصراني إذا كانت الدعوتان معا ، فكان قوله معا إشارة إلى أن دعوى المسلم لو سبقت على دعوى النصراني يكون عبدا للمسلم ، كذا في النهاية : قال المصنف (لأن الإسلام مرجح) بكسر الجيم (فيستدعى تعارضا) يعنى أن الإسلام مرجح أيما كان والترجيح يستدعى تعارضا (ولا تعارض) أى لا تعارض هاهنا لأن التعارض إنما يكون عند وجود المساواة ولا مساواة هاهنا (لأن نظر الصبي في هذا أوفر) يعنى أن النظر للصبي واجب ونظره فيما ذكرناه أوفر (لأنه ينال شرف الحرية حالا وشرف الإسلام مآلا إذ دلائل الوجدانية ظاهرة ، وفي عكسه) أى وفي عكس ما ذكرناه (الحكم بالإسلام تبعا) أى ينال الحكم بالإسلام تبعا (وحرمانه عن الحرية لأنه ليس في وسعه اكتسابها) أى ليس في وسع الصبي اكتساب الحرية فانتفى المساواة ، كذا رأى أكثر الشراح في حل هذا المقام ، وهو التحقيق عندى أيضا بأن

فيقطع دعواه بإقراره بالنسب لغيره . قال (وإذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدى فهو ابن النصراني ، وهو حر) لأن الإسلام مرجح أيما كان ، والترجيح يستدعى التعارض ولا تعارض هاهنا لأن النظر للصبي واجب ، ونظره فيما ذكرناه أوفر لأنه ينال شرف الحرية حالا وشرف الإسلام مآلا ، إذ دلائل الوجدانية ظاهرة ، وفي عكسه الحكم بالإسلام : أى ينال الحكم به تبعا وحرمانه عن الحرية ، إذ ليس في وسعه اكتسابها (ولقائل أن يقول : هذا مخالف لاكتساب وهو قوله تعالى - ولعبد مؤمن خير من مشرك ودلائل التوحيد وإن كانت ظاهرة لكن الإلصاق بالدين مانع قوى ، ألا ترى إلى كفر آباءه مع ظهور دلائل التوحيد ، وقد تقدم في الحضارة أن الذممة أحق بولدها المسلم ما لم يعقل الأديان أو يخاف أن يالغ الكفر للنفار قبل ذلك واحتمال الضرر بعنه . ويمكن أن يجاب عنه بأن قوله تعالى - ادعوهم لآبائهم - يوجب دعوة الأولاد لآبائهم ، ومدعى النسب أب لأن دعوته لا تحتل النقص فتعارضت الآيتان . وفي الأحاديث الدالة على المرحمة بالصبيان نظرا لما كثرة فكانت أقوى من المانع ، وكفر الآباء جحود الأصل عدمه ، ألا ترى إلى انتشار الإسلام بعد الكفر في الآفاق ،

(قال المصنف : إذ دلائل الوجدانية ظاهرة) أقول : الظاهر أن يقال دلائل الإسلام لأن مجرد التوحيد لا يتحقق الإسلام (قوله ولقائل أن يقول : هذا مخالف الخ) أقول : فيه بحث . لأننا لا نقول إن الإيمان ليس خيرا من الإشراك حتى يخالف ، بل نقول كما أن ذلك خير كذلك شرف الحرية خير من ذل الرقبة وكسب الإسلام في وسعه دون كسب الحرية فالنظر للصبي يقتضى الحكم بحريته فليتأمل (قوله لأن دعوته لا تحتل الخ) أقول : هاهنا نوع مصادرة .

يراد من هذا الكلام . قال صاحب العناية بعد شرح المقام بهذا المنوال : ولقائل أن يقول : هذا مخالف للكتاب وهو قوله تعالى - ولعبد مؤمن خير من مشرك - ودلائل التوحيد وإن كانت ظاهرة لكن الإلف بالدين مانع قوى ، ألا يرى إلى كفر آباءه مع ظهور دلائل التوحيد ، وقد تقدم في الحضانة أن الذمية أحق بولدها المسلم مالم يعقل الأديان أو يخاف أن يألف الكفر للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده انتهى . وأورد بعض الفضلاء على قوله ولقائل أن يقول : هذا مخالف للكتاب وهو قوله تعالى - ولعبد مؤمن خير من مشرك - بأن قال فيه بحث . لأننا نقول : إن الإيمان ليس خيرا من الإشراك حتى يخالف ، بل نقول : كما أن ذلك خيز كذلك شرف الحرية خير من ذل الرقية ، وكسب الإسلام في وسعه دون كسب الحرية ، فالنظر للصبي يقتضى الحكم بحريته انتهى . أقول : ليس مراد صاحب العناية أن هذا مخالف للكتاب بمجرد دلالة الكتاب على أن صفة الإيمان خير من صفة الإشراك حتى يفيد ما ذكره ذلك البعض ، بل مراده أنه مخالف للكتاب لدلالته على أن العبد المؤمن وإن كان رقيقا خيرا من المشرك وإن كان حرا . أما على كون الأمة والعبد في قوله تعالى - ولأمة مؤمنة خير من مشركة - وقوله تعالى - ولعبد مؤمن خير من مشرك - محمولين على ظاهرهما : أعني الرقيق والرقية كما يشعر به قول بعض كبار المفسرين في تفسير ذلك المقام من النظم الشريف : يعنى أن المؤمن ولو كان معه خساسة الرق خير من الكافر ولو كان معه شرف الحرية ، فإن شرفها لا يجدى نفعا مع الكفر ، ودناءة الرق لا تنضم مع شرف الإيمان انتهى ، فالأمر ظاهر . وأما على كون الأمة والعبد فيهما بمعنى عبد الله وأمه عامين للحر والحرمة أيضا كما ذهب إليه صاحب الكشاف وأضرابه حيث قالوا في تفسير الآيتين المذكورتين : أى ولا امرأة مؤمنة حرة كانت أو مملوكة ، وكذلك ولعبد مؤمن - لأن الناس كلهم عبيد الله وإماؤه انتهى ، فلأن الرقيق المؤمن يندرج حينئذ في عبد مؤمن قطعاً فيكون خيرا من مشرك وإن كان حرا ، ودلالة ظاهر الدليل المذكور في مسئلتنا على أن الكافر النازل شرف الحرية مع كون كسب الإيمان في وسعه خير من الرقيق المحكوم بإسلامه تبعا مع حرمانه عن الحرية فتفهم المخالفة للكتاب ، وهذا توجيه كلام صاحب العناية على وفق مراده فلا يتوجه عليه البحث المذكور . ثم قال صاحب العناية : ويمكن أن يجاب عنه بأن قوله تعالى - ادعهم لآبائهم - يوجب دعوة الأولاد لآبائهم ، ومدعى النسب أب . لأن دعوته لا تحتمل النقص فتعارضت الآيتان . وفي الأحاديث الدالة على المرحمة بالصبيان نظرا لما كثرة فكانت أقوى من المانع وكفر الآباء جحود والأصل عدمه ، ألا يرى إلى انتشار الإسلام بعد الكفر في الآفاق وبترك الحضانة لا يلزم رق فيقطع منها ، بخلاف ترك النسب هاهنا فإن المصير بعده إلى الرق وهو ضرر عظيم لاحالة انتهى . أقول : فيه بحث لأن كون مدعى النسب أباً أول المسئلة فذكره هاهنا مؤد إلى المصادر ، وقوله لأن دعوته لا تحتمل النقص ليس بشيء ، لأن دعوته إنما لا تحتمل النقص بعد أن كانت مقبولة بحسب الشرع راجحة على دعوى المسلم وهو أول المسئلة أيضا . وقوله وفي الأحاديث الدالة على المرحمة بالصبيان نظرا لما كثرة فكانت أقوى من المانع كلام خال عن التحصيل هاهنا ، لأن وجوب المرحمة بالصبيان والنظر لهم مما لا شبهة فيه لأحد ، لكن الكلام في أن ما يؤدى إلى الإلف بالكفر المانع عن الإسلام مناف للمرحمة بهم وللنظر لهم فلا معنى لقوله فكانت أقوى من المانع كما لا يخفى . ثم إن صاحب الكفاية وتاج الشريعة قال في شرح قول المصنف ولا تعارض : أى بين دعوى الرق ودعوى النسب لجواز أن يكون عبدا لو اُحدوا ابنا لآخر انتهى . فكأنهما أخذوا هذا المعنى مما ذكره صاحب الكافي حيث قال : ولو كان صبي في يد مسلم ونصراني فقال القصراني هو ابني وقال المسلم هو صبي فهو حرا . بن النصراني إذا ادعى معا ولو كانت دعوتهم دعوة النبوة فالمسلم أولى . والفرق أنهما في دعوى النسب استويا فترجح المسلم بالإسلام لأن القضاء بالنسب من المسلم قضاء بإسلامه ، وفيما نحن بصدد لا تعارض بين الدعويين : أى دعوى الرق ودعوى النسب ، لأنه يجوز أن يكون عبدا لو اُحدوا ابنا لآخر حتى يثبت الترجيح بالإسلام انتهى . أقول : فيه نظر لأن الذى يدعى النصراني في مسئلتنا هو نبوة الصبي له حرا لا مطلق بنوته له ، وأن الذى يحكم به له هو ثبوت نسب الصبي

وبترك الحضانة لا يلزم رق فيقطع منها ، بخلاف ترك النسب هاهنا فإن المصير بعده إلى الرق وهو ضرر عظيم لاحالة .

(ولو كانت دعوتها دعوة النبوة فالمسلم أولى) ترجيحاً للإسلام وهو أوفر النظرين . قال (وإذا ادعت امرأة صبياً أنه ابنها لم تجز دعواها حتى تشهد امرأة على الولادة) ومعنى المسئلة أن تكون المرأة ذات زوج لأنها تدعى تحمیل النسب على الغير فلا تصدق إلا بحجة ،

منه حراً كما صرح به في وضع المسئلة لاثبوت نسبه منه عبداً للآخر وإلا للزم الجمع بين قوليهما والحكم لهما معاً ، بل لا يتصور النزاع بينهما رأساً ، ولا شك أن بين دعوى الرق وبين دعوى النسب على الحرية تعارضاً بيننا فلا يتم التمهيد . ثم إن في تحرير المصنف مانعاً آخر عن الحمل على هذا المعنى وهو أن قوله لأن نظر الصبي في هذا أوفر الخ لا يصلح أن يكون دليلاً على قوله ولا تعارض على تقدير كون مراده بوجه عدم التعارض هذا المعنى ، فكان صاحب الكافي تنبه لهذا حيث غير تحرير المصنف فقال بعد كلامه المذكور على وجه التنوير ، ألا يرى أن الترجيح بالإسلام واجب في النسب نظراً للصغير ونظر الصبي في هذا أوفر الخ . أما صاحب الكفاية فلم يزد على شرحه المذكور شيئاً آخر فكانه غافل بالكلية . وأما تاج الشريعة فقد تنبه لهذا وتداركه حيث قال : فعلى هذا يكون قوله لأن نظر الصبي في هذا أوفر دليلاً على قوله فهو ابن النصراني لا دليلاً على نفي المعارضة ، وقال : كذا سمعته من الإمام الأستاذ انتهى . لكن يرد عليه أن المصنف قد ذكر الدليل على قوله فهو ابن النصراني وهو حرقوله لأن الإسلام مرجح فيستدعى تعارضاً ولا تعارض ، فلو كان قوله لأن نظر الصبي الخ دليلاً على ذلك أيضاً لكان دليلاً قانئاً فكان حقه أن يذكر بالواو ، اللهم إلا أن يحمل الثاني على تعليل المعلل فتأمل (ولو كانت دعوتها أي دعوة المسلم والكافر) دعوة النبوة فالمسلم أولى ترجيحاً للإسلام وهو أوفر النظرين (أي للصبي . ونوقض هذا بغلام نصراني بالغ ادعى على نصراني ونصرانية أنه ابنها وادعاه مسلم ومسلمة أنه ابنها وأقام كل واحد من الطرفين بيته فقد تساوت الدعويان مع أن بيته الغلام أولى ولم يترجح جانب الإسلام . وأجيب بأن البيتين وإن استويا في إثبات النسب بفراش النكاح لكن ترجحت بيته الغلام من حيث أنه يثبت حقاً لنفسه لأن معظم المنفعة في النسب للولد دون الوالدين لأن الولد يعبر بعدم الأب المعروف والوالدان لا يعبران بعدم الولد ، وبيته من يثبت حقاً لنفسه أولى ، وفيه نظر لأنه أضعف من الإسلام في الترجيح لا محالة . والجواب أنه تقوى بقوله صلى الله عليه وسلم « البيته على المدعى » لأنه أشبه المدينين . لكونه يدعى حقاً لنفسه ، كذا في العناية . أقول : ولقائل أن يقول : إن تقوى هذا بذلك النص فقد تقوى رجحان الإسلام بألف نص ، منها قوله صلى الله عليه وسلم « الإسلام يعلم ولا يعلم » (قال) أي محمد في الجامع الصغير (وإذا ادعت امرأة صبياً أنه ابنها لم تجز دعوتها حتى تشهد امرأة على الولادة) قال المصنف : اقتفاء أثر عامة المشايخ في تقييد هذه المسئلة (ومعنى المسئلة أن تكون المرأة ذات زوج) وادعت أنه ابنها من هذا الزوج وأنكر الزوج ذلك (لأنها تدعى تحمیل النسب على الغير) وهو الزوج (فلا تصدق إلا بحجة) يعني أن المرأة تقصد إلزام النسب على الزوج والإلزام لا بد له من الحجة ، وسبب لزوم النسب وإن كان قائماً وهو النكاح لكن الحاجة إلى إثبات الولادة والنكاح

هذا ، والله أعلم بالصواب . (ولو كانت دعوتها دعوة النبوة فالمسلم أولى ترجيحاً للإسلام وهو أوفر النظرين) ونوقض بغلام نصراني بالغ ادعى على نصراني ونصرانية أنه ابنها وادعاه مسلم ومسلمة أنه ابنها وأقام كل واحد من الطرفين بيته فقد تساوت الدعوتان في البتة ولم يترجح جانب الإسلام . وأجيب بأن البيتين وإن تساوتا في إثبات النسب بفراش النكاح ، لكن ترجحت بيته الغلام من حيث أنه يثبت حقاً لنفسه لأن معظم المنفعة في النسب للولد دون الوالدين ، لأن الولد يعبر بعدم الأب المعروف والوالدان لا يعبران بعدم الولد ، وبيته من يثبت حقاً لنفسه أولى ، وفيه نظر لأنه أضعف من الإسلام في الترجيح لا محالة . والجواب أنه تقوى بقوله صلى الله عليه وسلم « البيته على المدعى » لأنه أشبه المدينين لكونه يدعى حقاً لنفسه . قال (وإذا ادعت المرأة صبياً الخ) إذا ادعت المرأة صبياً أنه ابنها فإما أن تكون ذات زوج أو معتدة أو لا منكوحة ولا معتدة ، فإن كانت ذات

(قوله ولم يترجح جانب الإسلام) أقول : بلى ترجح خلاله .

بخلاف الرجل لأنه يحمل نفسه النسب ، ثم شهادة القابلة كافية فيها لأن الحاجة إلى تعيين الولد . أما النسب فيثبت بالفراش القائم ، وقد صح أن النبي عليه الصلاة والسلام قبل شهادة القابلة على الولادة (ولو كانت معتدة فلا بد من حجة تامة) عند أبي حنيفة وقد مرّ في الطلاق ، وإن لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا : يثبت النسب منها بقولها لأن فيه إلزاما على نفسها دون غيرها .

لا يوجب الولادة لا محالة ، ولا تثبت الولادة وتعيين الولد إلا بحجة فلا بد لها من حجة ، كذا في الكافي وغيره (بخلاف الرجل) أي الزوج حيث يصدق في دعوة الولد من غير شهادة أحد وإن أنكرت المرأة (لأنه يحمل نفسه النسب) وفي بعض النسخ : تحمل على نفسه النسب (ثم شهادة القابلة كافية فيها) أي في دعوى المرأة في المسئلة المارة (لأن الحاجة إلى تعيين الولد) بأنه الذي ولدته تلك المرأة وشهادة القابلة حجة فيه لأنه مما لا يطلع عليه الرجال فيقبل فيه قول النساء (أما النسب فيثبت بالفراش القائم) يعني أما النسب فيثبت بالفراش القائم في الحال ، فلا حاجة إلى إثباته حتى تلزم الحجة التامة (وقد صح أن النبي عليه الصلاة والسلام قبل شهادة القابلة على الولادة) فكانت حجة فيها (ولو كانت معتدة فلا بد من حجة تامة عند أبي حنيفة) يعني هذا الذي ذكرناه فيما إذا كانت منكوحة ، أما إذا لم تكن منكوحة ولكن كانت معتدة وادعت النسب على الزوج احتاجت إلى حجة تامة عند أبي حنيفة رحمه الله ، وهي شهادة رجلين أو رجل وامرأتين إلا إذا كان هناك حبل ظاهر أو اعتراف من قبل الزوج ، وقالوا : يكفي في الجميع شهادة امرأة واحدة (وقد مرّ في الطلاق) أي في باب ثبوت النسب من كتاب الطلاق (وإن لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا : يثبت النسب منها بقولها) أي من غير بينة أصلا (لأن فيه إلزاما على نفسها دون غيرها) وفي هذا لافرق بين الرجل والمرأة ، هذا ما ذهب إليه عامة المشايخ واختاره المصنف . ومنهم من أجرى المسئلة على إطلاقها وقال : لا يقبل قولها سواء كانت ذات زوج أو لم تكن عملا بإطلاق ما ذكر محمد ، وفرق بين الرجل والمرأة حيث جازت دعوة الولد منه بلا بينة ولم تجز منها بدون البينة . وجه الفرق أن الأصل أن كل من ادعى معنى لا يمكنه إثباته بالبينة كان القول فيه قوله من غير بينة وكل من يدعى معنى يمكنه إثباته بالبينة لا يقبل فيه قوله إلا بالبينة . وبيان هذا أن من قال لامرأته إن دخلت الدار فانت طالق فادعت المرأة الدخول وكذبها لا تصدق إلا بالبينة لإمكان إثباته بالبينة ، ولو علق طلاقها بحبضها والمسئلة بحالها يقبل قولها من غير بينة لمكان العجز عن الإثبات بالبينة في ما نحن فيه يمكن للمرأة إثبات النسب بالبينة لأن انفصال الولد منها ما يشاهد ويعاين فلا بد لها من بينة ، ولا كذلك الرجل لأنه لا يمكنه إقامة البينة على الإعلاق والإحبال لمكان الخفاء والتغيب عن عيون الناظرين فلا يحتاج إليها ، كذا في الشروح . أقول : فيه بحث ، أما أولا فلأن الرجل وإن لم يمكنه إثبات الإعلاق والإحبال إلا أنه يمكنه

زوج وصدقها فيما زعمت أنه ابنها منه ثبت النسب منهما بالزمام فلا حاجة إلى حجة ، وإن كذبها لم تجز دعوتها حتى تشهد بالولادة امرأة لأنها تدعى لتحصيل النسب على الغير فلا تصدق إلا بالحجة ، وشهادة القابلة كافية لأن التعيين يحصل بها وهو المحتاج إليه إذ النسب يثبت بالفراش القائم ، وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم قبل شهادة القابلة على الولادة ، وإن كانت معتدة احتاجت إلى حجة كاملة عند أبي حنيفة إلا إذا كان هناك حبل ظاهر أو اعتراف من قبل الزوج ، وقالوا : يكفي في الجميع شهادة امرأة واحدة وقد مرّ في الطلاق ، وإن لم تكن ذات زوج ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لأن فيه إلزاما على نفسها دون غيرها ، وفي هذا لافرق بين الرجل والمرأة . ومنهم من قال : لا يقبل قولها سواء كانت ذات زوج أو لا . والفرق هو أن الأصل أن كل من يدعى أمرا لا يمكن إثباته بالبينة كان القول فيه قوله من غير بينة ، وكل من يدعى أمرا يمكنه إثباته بالبينة لا يقبل قوله فيه إلا بالبينة ، والمرأة يمكنها إثبات النسب بالبينة لأن انفصال الولد منها ما يشاهد فلا بد لها من بينة ، والرجل لا يمكنه إقامة البينة على الإعلاق لخفاء فيه فلا يحتاج إليها ، والأول هو المختار لعدم التحميل على أحد فيهما ،

(قوله والفرق الخ) أقول : يعني الفرق بين الرجل والمرأة .

(وإن كان لها زوج وزعمت أنه ابنهما منه وصدّقها فهو ابنهما وإن لم تشهد امرأة) لأنه التزم نسبه فأغنى ذلك عن الحجة (وإن كان الصبي في أيديهما وزعم الزوج أنه ابنه من غيرها وزعمت أنه ابنها من غيره فهو ابنهما) لأن الظاهر أن الولد منهما لقيام أيديهما أو لقيام الفراش بينهما ، ثم كل واحد منهما يريد إبطال حق صاحبه فلا يصدق عليه ، وهو نظير ثوب في يد رجلين يقول كل واحد منهما هو بيني وبين رجل آخر غير صاحبه يكون الثوب بينهما إلا أن هناك يدخل المقر له في نصيب المقر لأن المحل يحتمل الشركة ، وها هنا لا يدخل لأن النسب لا يحتملها .

إثبات النسب ، إذ قد تقرر في كتاب الشهادة أنه يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه بالسماع ممن يثق به في مواضع عديدة : منها النسب ، وليس من ضرورة ادعاء الرجل ولدا أنه ابنه وثبت نسبه منه ثبوت وقوع الإحبال والإحبال منه البتة ، وإلا لما تيسر لإثبات دعوة البنوة من الرجل أصلا : أي ولو كان هناك منازع شرعي ، إذ لا يمكنه إثبات الإحبال والإحبال قطعا ، مع أن مسائل التنازع بين الرجلين في بنوة ولد وإثباتها شرعا أكثر من أن تحصى ، فظهر أن المقصود من ادعاء الرجل بنوة ولد ثبوت نسبه منه دون ثبوت وقوع الإحبال والإحبال منه ، فلما أمكنه إثبات نسبه منه لزمه أيضا إقامة البينة على الأصل المذكور في وجه الفرق فلا يتم المطلوب . وأما ثانيا فلأن الوجه المذكور للفرق المزبور مما لا يحد في مسئلتنا ، لأن كون المدعى مما يمكن للمدعى إثباته بالبينة إنما يقتضى احتياج المدعى إلى إقامة البينة إذا وجد هناك من يكذبه وينكر ما ادعاه كما في الصورة المذكورة للبيان وما ادعته المرأة في مسئلتنا وإن كان مما يمكن إثباته بالبينة كما بين لا أنه مما لم ينكره أحد ، لأن كلامنا فيها إذا لم يوجد من يكذبها بأن لم تكن منكوبة ولا معتدة ، ولهذا قال المصنف في تعليل المسئلة : لأن فيه إلزاما على نفسها دون غيرها انتهى . فكيف يتصور القول باحتياجها إلى إقامة البينة فتدبر (وإن كان لها زوج وزعمت أنه ابنها منه) أي ادعت أن الولد ابنها من ذلك الزوج (وصدّقها) أي وصدق (الزوج) إياها (فهو ابنهما وإن لم تشهد امرأة) أي وإن لم تشهد امرأة على الولادة : يعنى الحاجة هنا إلى شهادة القابلة (لأنه) أي الزوج (التزم نسبه) أي نسب الولد (فأغنى ذلك عن الحجة) لأن النسب ثبت بمجرد إقرار الزوج بلا دعوى المرأة إذ ليس فيه تحميل النسب على الغير ، ومع دعوى المرأة أولى ، وهذه المسئلة من مسائل الجامع الصغير (وإن كان الصبي في أيديهما) أي في أيدي الزوجين (فزعم الزوج أنه ابنه من غيرها) أي زعم الزوج أن الصبي ابنه من امرأة أخرى له (وزعمت أنه ابنها من غيره) أي وزعمت المرأة أنه ابنها من زوج آخر كان لها (فهو ابنهما) أي كان الصبي ابنهما معا هذا إذا كان الصبي لا يعبر عن نفسه وإن كان يعبر عن نفسه فالقول له أيهما صدق ثبت نسبه منه بتصديقه ، كذا في عامة الشروح وعزاه صاحب الغاية إلى شرح الطحاوى ، ثم إن هذه المسئلة المذكورة في الكتاب من مسائل الجامع الصغير أيضا . قال المصنف في تعليلها (لأن الظاهر أن الولد منهما) أي من الزوجين اللذين كان الولد في أيديهما (لقيام أيديهما أو لقيام الفراش بينهما) أقول : فيه شيء ، وهو أن قيام الفراش بينهما لا يدل على تعيين الولد ، وإنما يدل على ثبوت النسب بعد تعيين الولد : أي بعد ثبوت ولادته من تلك الزوجة ، ولهذا لم تجز دعوة امرأة ذات زوج صبيّا أنه ابنها إذا لم يصدقها الزوج ما لم تشهد امرأة على الولادة كما مرّ آنفا ، ففي مسئلتنا أيضا ينبغي أن يكون كذلك فتأمل (ثم كل واحد منهما) أي من الزوجين (يريد إبطال حق صاحبه فلا يصدق عليه) أي على صاحبه : يعنى لا يقبل قوله في حق صاحبه (وهو نظير ثوب في يد رجلين يقول كل واحد منهما هو بيني وبين رجل آخر غير صاحبه) حيث لا يصدق واحد منهما في إبطال حق صاحبه (بل يكون الثوب بينهما) فكذا هنا (إلا أن هناك يدخل المقر له في نصيب المقر) أي يصير ما حصل للمقرّ بينه وبين المقرّ له نصفان (لأن المحل) وهو الثوب (يحتمل الشركة ، وهنا لا يدخل لأن النسب لا يحتملها) اعلم أن المناقضة في دعوى النسب غير ممانعة لصحة الدعوى ، حتى أن

(ولو كان الصبي في أيديهما) أراد صبيّا لا يعبر عن نفسه ، فأما إذا عبر عن نفسه فالقول له أيهما صدق ثبت نسبه منه بتصديقه

قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً فَوَلَدَتْ وَلَدًا عَنْدهُ فَاسْتَحَقَّهَا رَجُلٌ غَرِمَ الْأَبُ قِيَمَةَ الْوَلَدِ يَوْمَ يَخَاصِمُ) لِأَنَّهُ وَلَدَ الْمَغْرُورِ
فَإِنَّ الْمَغْرُورَ مِنْ يَطَأُ امْرَأَةً مُعْتَمِدًا عَلَى مَلِكٍ يَمِينٍ أَوْ نِكَاحٍ فَتَلَدَ مِنْهُ ثُمَّ تَسْتَحِقُّ ، وَوَلَدَ الْمَغْرُورُ حَرًّا بِالْقِيَمَةِ بِإِجْمَاعِ
الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ،

الصَّبِي إِذَا كَانَ فِي يَدِ امْرَأَةٍ فَقَالَ رَجُلٌ هُوَ ابْنِي مِنْكَ مِنْ زَنَاءٍ وَقَالَتْ مِنْ نِكَاحٍ ثُمَّ قَالَ الرَّجُلُ مِنْ نِكَاحٍ يَثْبُتُ النَّسَبُ مِنْهُ ، وَكَذَا
لَوْ قَالَ هُوَ ابْنِي مِنْ نِكَاحٍ مِنْكَ وَقَالَتْ هُوَ ابْنُكَ مِنْ زَنَاءٍ لَمْ يَثْبُتِ النَّسَبُ مِنْهُ لِعَدَمِ اتِّفَاقِهِمَا فِي النِّكَاحِ ، فَإِنْ قَالَتْ بَعْدَ ذَلِكَ :
هُوَ ابْنُكَ مِنْ نِكَاحٍ يَثْبُتُ لِمَا قُلْنَا إِنَّ الْمُنَاقِضَةَ لَا تَبْطُلُ دَعْوَى النَّسَبِ ، كَذَا ذَكَرَهُ الْإِمَامُ التَّجَرَّتَانِيُّ . وَذَكَرَ فِي الْإِيضَاحِ أَنَّ
دَعْوَى النَّسَبِ إِنَّمَا لَا تَبْطُلُ بِالتَّنَاقُضِ لِأَنَّ التَّنَاقُضَ إِنَّمَا يَكُونُ بَيْنَ الْمُسَاوِينَ وَلَا مَسَاوَاةَ ، فَإِنْ دَعْوَى النَّسَبِ أَقْوَى مِنَ النَّفْيِ .
وَذَكَرَ فِيهِ أَيْضًا : إِذَا تَصَادَقَ الرُّوْجَانُ عَلَى أَنَّ الْوَلَدَ مِنَ الزَّانِ فَلَانِ فَلِالنَّسَبِ ثَابِتٌ مِنَ الزَّوْجِ ، لِأَنَّ سَبَبَ ثُبُوتِ النَّسَبِ قَائِمٌ
وَهُوَ الْفَرَّاشُ وَالنَّسَبُ يَثْبُتُ حَقًّا لِلصَّبِيِّ فَلَا يَقْبَلُ تَصَادُقُهُمَا عَلَى إِبْطَالِ النَّسَبِ ، وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَتْ الْمُنْكَوْحَةُ أُمَةً أَوْ كَانَ النِّكَاحُ
فَاسِدًا لِأَنَّ الْفَرَّاشَ قَدْ وَجَدَ ، كَذَا فِي النَّهَايَةِ وَمَعْرَاجِ الدَّرَايَةِ . أَقُولُ : الَّذِي نَقَلَ عَنِ الْإِيضَاحِ أَوَّلًا مِنْ تَعْلِيلِ عَدَمِ بَطْلَانِ
دَعْوَى النَّسَبِ بِالتَّنَاقُضِ مَحَلٌ نَظَرٌ مِنْهُ وَنَقَضًا فَتَأْمَلْ (قَالَ) أَيُّ مُحَمَّدٍ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ فِي كِتَابِ الْقَضَاءِ (وَمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً
فَوَلَدَتْ وَلَدًا عَنْدهُ) يَعْنِي وَلَدَتْ وَلَدًا مِنَ الْمَشْتَرَى (فَاسْتَحَقَّهَا رَجُلٌ غَرِمَ الْأَبُ قِيَمَةَ الْوَلَدِ يَوْمَ يَخَاصِمُ) وَكَذَا إِذَا مَلَكَهَا بِسَبَبٍ
آخَرَ غَيْرِ الشِّرَاءِ أَيْ سَبَبٍ كَانَ ، وَكَذَا إِذَا تَزَوَّجَهَا عَلَى أَنَّهَا حُرَّةٌ فَوَلَدَتْ لَهُ ثُمَّ اسْتَحَقَّتْ نَصَّ عَلَيْهِ الْإِمَامُ الزَّيْلَعِيُّ فِي شَرْحِ
الْكَنْزِ وَسَيَفْهَمُ مِنْ نَفْسِ الْكِتَابِ (لِأَنَّهُ وَلَدَ الْمَغْرُورِ ، فَإِنَّ الْمَغْرُورَ مِنْ يَطَأُ امْرَأَةً مُعْتَمِدًا عَلَى مَلِكٍ يَمِينٍ) بَأَيِّ سَبَبٍ كَانَ مِثْلُ
الشِّرَاءِ وَالْهَبَةِ وَالصَّدَقَةِ وَالْوَصِيَّةِ ، كَذَا فِي مَعْرَاجِ الدَّرَايَةِ وَغَيْرِهَا (أَوْ نِكَاحٍ) عَطَفَ عَلَى يَمِينٍ . وَالْمَعْنَى أَوْ مُعْتَمِدًا عَلَى مَلِكٍ
نِكَاحٍ (فَتَلَدَ مِنْهُ) أَيُّ تَلَدَ الْمَرْأَةُ مِنْ يَطَوَّهَا (ثُمَّ تَسْتَحِقُّ) بِأَنَّ يَظْهَرُ بِالْبَيِّنَةِ كَوْنَهَا أُمَةً ، هُنَا تَمَّ تَفْسِيرُ وَلَدِ الْمَغْرُورِ (وَوَلَدَ الْمَغْرُورُ
حَرًّا بِالْقِيَمَةِ بِإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ) فَإِنَّهُ لَا خِلَافَ بَيْنَ الصَّدْرِ الْأَوَّلِ وَفَقْهَاءِ الْأَمْصَارِ أَنَّ وَلَدَ الْمَغْرُورِ حَرًّا الْأَصْلَ ، وَلَا
خِلَافَ أَيْضًا بَيْنَ السَّلَفِ أَنَّهُ مَضْمُونٌ عَلَى الْأَبِ إِلَّا أَنَّ السَّلَفَ اخْتَلَفُوا فِي كَيْفِيَّةِ ضَمَانِهِ ، فَقَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى
عَنْهُ : يَفْكَ الْغَلَامَ بِالْغَلَامِ وَالْجَارِيَةَ بِالْجَارِيَةِ : يَعْنِي إِنْ كَانَ الْوَلَدُ غَلَامًا فَعَلَى الْأَبِ غَلَامٌ مِثْلُهُ ، وَإِنْ كَانَ جَارِيَةً فَعَلَيْهِ جَارِيَةٌ
مِثْلُهَا . وَقَالَ عَلِيُّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ : عَلَيْهِ قِيَمَةُ الْوَلَدِ ، وَإِلَيْهِ ذَهَبُ أَصْحَابِنَا لِأَنَّهُ قَدْ ثَبَتَ بِالنَّصِّ أَنَّ الْحَيَوَانَ
لَا يَكُونُ مَضْمُونًا بِالْمِثْلِ ، وَتَأْوِيلُ حَدِيثِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ : يَفْكَ الْغَلَامَ بِقِيَمَةِ الْغَلَامِ وَالْجَارِيَةَ بِقِيَمَةِ الْجَارِيَةِ ، كَذَا
فِي الْعَنَاءَةِ . أَقُولُ : يَرِدُ عَلَى ظَاهِرِهِ أَنَّ اخْتِلَافَ السَّلَفِ فِي كَيْفِيَّةِ ضَمَانِ وَلَدِ الْمَغْرُورِ وَقَوْلُ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بِضَمَانِ مِثْلِهِ دُونَ
قِيَمَتِهِ يَنَاقِضُ مَا ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ مِنْ أَنَّ وَلَدَ الْمَغْرُورِ حَرًّا بِالْقِيَمَةِ بِإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ ، فَكَيْفَ يَصْلُحُ مَا ذَكَرَ فِي الْعَنَاءَةِ لِأَنَّ يَكُونُ شَرْحًا
وَيَبَيِّنًا لِمَا ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ ؟ وَيُمْكِنُ الْجَوَابُ عَنْهُ بِأَنَّهُ يُقَالُ : إِنْ اخْتَلَفُوا فِي كَيْفِيَّةِ ضَمَانِهِ اخْتِلَافًا بِسَبَبِ الظَّاهِرِ دُونَ الْحَقِيقَةِ
بِنَاءً عَلَى أَحْتِمَالِ أَنْ يَكُونَ الْمُرَادُ بِحَدِيثِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : يَفْكَ الْغَلَامَ بِقِيَمَةِ الْغَلَامِ وَالْجَارِيَةَ بِقِيَمَةِ الْجَارِيَةِ ، فَحَاصِلُ الشَّرْحِ

وَبَاقِي الْكَلَامِ ظَاهِرٌ . قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً فَوَلَدَتْ وَلَدًا الْخ) خَمَّ بِأَبِ دَعْوَى النَّسَبِ بِمِثْلَةِ وَلَدِ الْمَغْرُورِ ، وَالْمَغْرُورُ مِنْ
وَطَأِ امْرَأَةٍ مُعْتَمِدًا عَلَى مَلِكٍ يَمِينٍ أَوْ نِكَاحٍ فَوَلَدَتْ مِنْهُ ثُمَّ تَسْتَحِقُّ الْوَالِدَةَ وَوَلَدَ الْمَغْرُورُ حَرًّا بِالْقِيَمَةِ بِإِجْمَاعِ فَإِنَّهُ لَا خِلَافَ بَيْنَ الصَّدْرِ
الْأَوَّلِ وَفَقْهَاءِ الْأَمْصَارِ أَنَّ وَلَدَ الْمَغْرُورِ حَرًّا الْأَصْلَ . وَلَا خِلَافَ أَنَّهُ مَضْمُونٌ عَلَى الْأَبِ إِلَّا أَنَّ السَّلَفَ اخْتَلَفُوا فِي كَيْفِيَّةِ ضَمَانِهِ
فَقَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : يَفْكَ الْغَلَامَ بِالْغَلَامِ وَالْجَارِيَةَ بِالْجَارِيَةِ : يَعْنِي إِذَا كَانَ الْوَلَدُ غَلَامًا فَعَلَى الْأَبِ غَلَامٌ مِثْلُهُ ،
وَإِنْ كَانَ جَارِيَةً فَعَلَيْهِ جَارِيَةٌ مِثْلُهَا . وَقَالَ عَلِيُّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : عَلَيْهِ قِيَمَتُهَا ، وَإِلَيْهِ ذَهَبُ أَصْحَابِنَا ، فَإِنَّهُ قَدْ ثَبَتَ
بِالنَّصِّ أَنَّ الْحَيَوَانَ لَا يَكُونُ مَضْمُونًا بِالْمِثْلِ ، وَتَأْوِيلُ الْحَدِيثِ : الْغَلَامَ بِقِيَمَةِ الْغَلَامِ وَالْجَارِيَةَ بِقِيَمَةِ الْجَارِيَةِ ، وَلِأَنَّ النَّظَرَ مِنْ

(قوله وتأويل الحديث) أقول : أي على تقدير أنه حديث ، والله أعلم .

ولأن النظر من الجانيين واجب فيجعل الولد حر الأصل في حق أبيه رقيقا في حق مدعيه نظرا لهما ، ثم الولد حاصل في يده من غير صنعه فلا يضمه إلا بالمنع كما في ولد المغصوبة ، فلهذا تعتبر قيمة الولد يوم الخصومة لأنه يوم المنع (ولو مات الولد لا شيء على الأب) لانعدام المنع ، وكذا لو ترك مالا لأن الإرث ليس يبدل عنه والمال لأبيه لأنه حر الأصل في حقه فيرثه (ولو قتل الأب يغرم قيمته) لوجود المنع (وكذا لو قتل غيره فأخذ دية ،

والبيان هاهنا أن السلف وإن اختلفوا في كيفية ضمانه بحسب الظاهر من أقوالهم إلا أن الخلاف مرتفع في الحقيقة بتأويل كلام عمر رضي الله عنه وتبيين مراده على وفق ما يقتضيه النص الدال على أن الحيوان لا يكون مضمونا بالمثل (ولأن النظر من الجانيين واجب) إذ المغرور بنى أمره على سبب صحيح في الشرع فاستوجب النظر ، والأمة ملك المستحق والولد متفرع عن ملكه فاستوجب النظر أيضا فوجب الجمع بين حقيهما بقدر الإمكان ، وإذا بأن يجبي حق المستحق في معنى المملوك ويجبي حق المغرور في صورته ، كذا في الكافي (فيجعل الولد حر الأصل في حق أبيه رقيقا في حق مدعيه نظرا لهما) ودفعنا للضرر عنهما (ثم الولد حاصل في يده) أي في يد المغرور (من غير صنعه) أي من غير تعد منه ، كذا في العناية (فلا يضمه إلا بالمنع كما في ولد المغصوبة) فإنه أمانة في يد الغاصب عندنا لا يضمه الغاصب إلا بالمنع (فلهذا) أي فلأن المغرور لا يضمن الولد إلا بالمنع (تعتبر قيمة الولد يوم الخصومة لأنه يوم المنع) وذكر في شرح الطحاوي يغرم قيمة الولد يوم القضاء لأن الولد يعلق في حق المستولد حرا ويعلق في حق المستحق رقيقا فلا يتحول حقه من العين إلى البدل إلا بالقضاء فيعتبر قيمة الولد يوم القضاء كذلك ، كذا في النهاية ومعراج الدراية . ثم اعلم أن ولد المغرور إنما يكون حرا بالقيمة إذا كان المغرور حرا ، أما إذا كان مكاتبا أو عبدا مأذونا له في التزوج يكون ولده عبدا للمستحق خلافا لمحمد ، وسيجيء ذلك في كتاب المكاتب كذا في غاية البيان (ولومات الولد) يعني لو مات ولد المغرور قبل الخصومة (لا شيء على الأب) أي ليس على الأب شيء من قيمته (لانعدام المنع) إذ المنع إنما يتصور بعد الطلب ، فإذا هلك قبل الطلب لم يوجد سبب ضمانه فلا يضمن ، كما لو هلك ولد المغصوبة عند الغاصب فإنه لا يضمن قيمته ، كذا في الكافي (وكذا لو ترك مالا) أي وكذا لو ترك ولد المغرور مالا ميراثا لأبيه فأخذته أبوه لا يجب على الأب للمستحق من قيمة الولد شيء ، لأن المنع لم يتحقق ، لا عن الولد لمسا مر ولا عن بدله (لأن الإرث ليس يبدل عنه) فلم يجعل سلامة الإرث كسلامة نفسه (والمال لأبيه ، لأنه) أي الولد (حر الأصل في حقه) أي في حق أبيه كما مر (فيرثه) فإن قيل : الولد وإن كان حر الأصل في حق أبيه إلا أنه رقيق في حق مدعيه فينبغي أن يكون المال مشتركا بينهما . قلنا : الولد علق حر الأصل في حق المدعي أيضا ، ولهذا لا يكون الولاء له . وإنما قدرنا الرق في حقه ضرورة القضاء بالقيمة والثابت بالضرورة لا يعدو موضعها ، كذا في الشروح والكافي . أقول : يتنافى هذا الجواب ظاهر ما ذكر في شرح الطحاوي على ما قلناه نفا فليتأمل في التوفيق أو الترجيح (ولو قتل الأب يغرم قيمته) أي يضمها (لوجود المنع) بالقتل (وكذا لو قتل غيره

الجانيين واجب دفع الضرر عنهما فيجعل الولد حر الأصل في حق أبيه رقيقا في حق مدعيه نظرا لهما ودفعنا للضرر عنهما (قوله ثم الولد حاصل) بيان لسبب الضمان وهو المنع لأنه حاصل في يده من غير صنعه : يعني من غير تعد منه فكان كولد المغصوبة أمانة لا يضمن إلا بالمنع وتمهيد لاعتبار قيمته يوم الخصومة لأنه يوم المنع ، وأنه لو مات الولد لا يضمن الأب قيمته لانعدام المنع ، وأنه لو ترك مالا لا يضمن أيضا لأن المنع لم يتحقق لاعتنه ولا عن بدله لأن الإرث ليس يبدل عنه والمال لأبيه لأنه حر الأصل في حقه فيرثه . لا يقال : ينبغي أن يكون المال مشتركا بينهما لأنه حر الأصل في حق أبيه رقيق في حق المدعي لأنه علق حر الأصل في حق المدعي أيضا ولهذا لا يكون الولاء له ، وإنما قدرنا الرق في حقه ضرورة القضاء بالقيمة ، والثابت بالضرورة لا يعدو موضعها ، وأنه لو قتل الأب ضمن قيمته لوجود المنع ، وكذا لو قتل غيره وأخذ دية لأن سلامة بدله له كسلامة نفسه ، ومنع بدله كمنع نفسه فيغرم قيمته كما لو كان حيا ويرجع بما ضمن من قيمة الولد على بآله لأنه ضمن له

لأن سلامة بدله له كسلامته ، ومنع بدله كمنعه فيغرم قيمته كما إذا كان حيا (ويرجع بقيمة الولد على بائعه) لأنه ضمن له سلامته كما يرجع بثمنه ، بخلاف العقر لأنه لزمه لاستيفاء منافعها فلا يرجع به على البائع ، والله أعلم بالصواب .

فأخذ ديتة (أى فأخذ الأب ديتة (لأن سلامة بدله له) أى لأن سلامة بدل الولد وهو ديتة للأب (سلامته) أى كسلامة الولد نفسه (ومنع بدله كمنعه) أى ومنع بدل الولد كمنع الولد نفسه (فيغرم قيمته كما إذا كان حيا) وأما إذا لم يأخذ الأب ديتة من القاتل فلا يضمن شيئا لأنه لم يمنع الولد أصلا : أى لاحقيقة ولا حكما ، نص عليه فخر الدين قاضيهان وغيره فى شروح الجامع الصغير . وذكر فى المبسوط : فإن قضى له بالدية فلم يقبضها لم يؤخذ بالقيمة . لأن المنع لم يتحقق فيما لم يصل إلى يده من البدل ، فإن قبض من الدية قدر قيمة المقتول قضى عليه بالقيمة للمستحق ، لأن المنع تحقق بوصول يده إلى البدل فيكون منه قدر قيمة الولد كمنعه الولد ، كذا فى النهاية والكفاية (ويرجع بقيمة الولد على بائعه) أى ويرجع الأب بما غرم من قيمة الولد على بائعه لأنه أى بائعه (ضمن له) أى للمشتري (سلامته) أى سلامة المبيع عن العيب ولا عيب فوق الاستحقاق ، كذا فى معراج الدراية ، ويساعده تقرير صاحب النهاية . أقول : يرد على ظاهر هذا الشرح أنه لاشبهة فى أن البائع ضامن للمشتري سلامة المبيع عن العيب ، إلا أن المبيع فى مسئلتنا هى الأم دون الولد فلا يتم التقريب ، فكأن كثيرا من الشراح قصدوا دفع هذا فقالوا فى بيان قول المصنف لأنه ضمن له سلامته : يعنى أن الولد جزء الأم والبائع قد ضمن للمشتري سلامة المبيع بجميع أجزائه انتهى . أقول : ويرد على هذا الشرح أن البائع إنما ضمن للمشتري سلامة المبيع بجميع أجزائه الموجودة عند البيع لا يجزئه الذى يحدث بعد البيع ، لأن مثل هذا الجزء معدوم حين البيع ولا يصح إدخال المعلوم فى عقد البيع أصلا فضلا عن ضمان سلامته عن العيب ، ولا شك أن الولد فى مسئلتنا من حدث بعد البيع . والحق عندى فى هذا المقام أن يطرح حديث الجزئية من البين ويقال فى بيان مراد المصنف من قوله المذكور إن البائع ضمن للمشتري سلامة الولد بواسطة ضمانه سلامة المبيع الذى هو الأم عن العيب ، فإن كون ولد الجارية غير سالم عن عيب الاستحقاق عيب لنفس الجارية أيضا لأن من منافعها الاستيلاء وكون ولد هامن مولا هاجر الأصل من غير أن يستحقه أحد فكانت سلامتها عن العيب مستلزما لسلامة ولدها فضمن البائع سلامتها ضمانا لسلامته (كما يرجع بثمنه) قال صاحب الكفاية : أى بالثمن الذى أداه المشتري إلى البائع فالضمير للمشتري . وقيل بثمن المشتري إذا استحق أو بثمن الولد لتصور شراؤه واستحقه أحد انتهى . واختار صاحب العناية من بين هذه المعانى الثلاثة المعنى الوسطانى حيث قال : كما يرجع بثمنه : أى بثمن المبيع وهو الأم لأن الغرور شملها انتهى . وأقول : لا يخفى على ذى فطرة سليمة أن هذا هو المعنى الوجيه هاهنا ، ولكن فى تذكير الضمير هاهنا نوع عدول عن الظاهر ولهذا قال فى الوقاية وغيرها : ورجع بها كثنها بتأنيث الضمير : أى ورجع بقيمة الولد كثنم الأم (بخلاف العقر) يعنى أن المغرور لا يرجع على بائعه بعقر وجب عليه وأخذ منه المستحق (لأنه) أى لأن العقر (لزمه) أى لزم المغرور (لاستيفاء منافعها) أى لاستيفاء منافع الجارية المستحقة : أى منافع بضعها (فلا يرجع به على البائع) إذ لو رجع به سلم له المستوفى مجانا ، والوطء فى ملك الغير لا يجوز أن يسلم للوطأى مجانا ، كذا فى النهاية وغيرها .

سلامته لأنه جزء المبيع والبائع قد ضمن للمشتري سلامة المبيع بجميع أجزائه كما يرجع بثمنه : أى بثمن المبيع وهو الأم لأن الغرور شملها ، بخلاف العقر فإنه لا يرجع به عليه لأنه لزمه باستيفاء منافعها وهى ليست من أجزاء المبيع فلم يكن البائع ضامنا لسلامته ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

(كتاب الإقرار)

(كتاب الإقرار)

ذكر كتاب الدعوى مع ذكر ما يقفوه من الكتب من الإقرار والصلح والمضاربة والوديعة ظاهر التناسب ، وذلك لأن دعوى المدعى إذا توجهت إلى المدعى عليه فأمره لا يخلو إما أن يقر أو ينكر ، وإنكاره سبب للخصومة والخصومة مستدعية للصلح ، قال الله تعالى - وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما - وبعد ما حصل له من المال إما بالإقرار أو بالصلح فأمر صاحب المال لا يخلو إما أن يستريح منه أو لا ، فإن استريح فلا يخلو إما أن يستريح بنفسه أو بغيره ، وقد ذكر استريحه بنفسه في كتاب البيوع للمناسبة التي ذكرناها هناك بما قبله ، وذكرها هنا استراحه بغيره وهو المضاربة ، وإن لم يستريح فلا يخلو إما أن يحفظه بنفسه أو بغيره ، ولم يذكر حفظه بنفسه لأنه لم يتعلق به حكم في المعاملات فبقي حفظه بغيره وهو الوديعة ، كذا في الشروح . ثم إن محاسن الإقرار كثيرة : منها إسقاط واجب الناس عن ذمته ، وقطع ألسنتهم عن مذمته . ومنها إيصال الحق إلى صاحبه وتبليغ المكسوب إلى كاسبه فكان فيه إنفاع صاحب الحق وإرضاء خالق الخلق . ومنها إحماد الناس المقر بصدق القول ووصفهم بإياه بوفاء العهد وإنالة النول . ثم إن هاهنا احتياجا إلى بيان الإقرار لغة وشريعة ، وبيان سببه وشرطه وركنه وحكمه ودليل كونه حجة . أما الإقرار لغة فهو إفعال من قر الشيء إذا ثبت ، فالإقرار إثبات لما كان منزلا بين الإقرار والجلود ، كذا في النهاية ومعراج الدراية . وأما شريعة فهو إخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه كذا في الكافي وعامة المتون والشروح . وقال في العناية بالإقرار مشتمل من القرار فكان في اللغة عبارة عن إثبات ما كان منزلا . وفي الشريعة : عبارة عن الإخبار عن ثبوت الحق انتهى . أقول : لقد أصاب صاحب العناية في بيان معنى الإقرار لغة ولم يصب في بيان معناه شريعة . أما الأول فلأن أخذ الإقرار في تعريف معنى الإقرار لغة كما فعله صاحب النهاية ومعراج الدراية مع كونه مؤديا إلى المصادرة مما يختل به المعنى ، إذ لا معنى

(كتاب الإقرار)

قال في النهاية : ذكر كتاب الدعوى مع ذكر ما يقفوه من الكتب من الإقرار والصلح والمضاربة والوديعة ظاهر التناسب ، وذلك لأن دعوى المدعى إذا توجه على المدعى عليه فأمره لا يخلو ، إما أن يقر أو ينكر ، وإنكاره سبب للخصومة والخصومة

(كتاب الإقرار)

بسم الله الرحمن الرحيم ، الحمد لله الذي أقر بوحدة نبيه كل مخلوق بلسان حاله وقاله ، والصلاة على سيدنا محمد الذي ادعى النبوة وشهدت النصوص بعلو شأنه وصدق مقاله ، وعلى آله وأولاده وأصحابه الأخذيين بتعظيم دقائق الشرع وجلالة المجتهدين في تفهم بدائع معاني المستنبطة من النصوص ببيان دلائله (وبعد) فإن الأستاذ المرحوم حرر رسالة متعلقة بمسئلة مذكورة في المبسوط : وهي رجل قال لأخوه عليك اثنا عشر ألف درهم الخ ودقق في تصحيحها وحقق في توضيحها بالقول الفصل والكلام الجزل ، وذيل ببعض المسائل المهمة المتفرقة المتقولة عن الكتب المعتمدة المتعلقة بمسائل الإقرار ، ولكن لم نظفر بتلك الرسالة الشريفة في الزمان السابق ، فلما انتهينا إلى هذا المقام وجدنا هذه الرسالة بين الأوراق بالتمام ، فحررناها تبركا وتيمنا في أول ذلك الكتاب ، ولم نغير ما اختاره من الترتيب المستطاب ، وهذا نص عبارة الأستاذ بلا انتقاص ولا إزدياد .

(بسم الله الرحمن الرحيم)

سبحانك لا علم لنا إلا ما علمتنا إنك أنت العليم الحكيم ، فسألك أن تصل وتسلم على سيدنا محمد وآله وصحبه أفضل صلاة وأكمل تسليم ، وترشدنا إلى سبيل السداد والصواب ، وتهدينا إلى الصراط المستقيم .

لكون إثبات ما كان متزلزلا بين الشيثين المخصوصين هو أحد ذينك الشيثين كما لا يخفى . وأيضاً الظاهر أن الإقرار في اللغة ليس بمخصوص بإثبات ما تزلزل بين الشيثين المخصوصين ، بل هو عام لإثبات كل ما تزلزل بين الشيثين مطلقاً كما يدل عليه مأخذ اشتقاقه وهو القرار بمعنى الثبوت مطلقاً . وأما الثاني فلأن الإخبار عن ثبوت الحق يتناول الدعوة والشهادة أيضاً ، وإنما يمتاز الإقرار الشرعي عنهما بقيد للغير عن نفسه فإن الدعوى إخبار عن ثبوت الحق لنفسه على الغير ، والشهادة إخبار عن ثبوت الحق للغير على الغير ، فإذا زيد في تعريف الإقرار الشرعي قيد للغير على نفسه كما فعله عامة الفقهاء يخرج عند الدعوى والشهادة . وأما إذا أطلق وقيل هو عبارة عن الإخبار عن ثبوت الحق كما فعله صاحب العناية فيدخل فيه الدعوى والشهادة فيختل التعريف ثم أقول : في تعريف العامة أيضاً شيء ، أما أولاً فلأنه قد تقرر في كتب الأصول أن التصرفات إما لإثباتات كالبيع والإجارة والهبة ونحوها ، وإما إسقاطات كالطلاق والعنق والعفو عن القصاص ونحوها . ولا يخفى أن الإخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه لا يصدق على الإقرار بقسم الإسقاطات مطلقاً فيلزم أن لا يكون تعريفهم المذكور جامعاً . وأما ثانياً فلأن إقرار المكره لآخر بشيء من الحقوق غير صحيح شرعاً على ما صرحوا به ، مع أنه يصدق عليه أنه إخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه فيلزم أن لا يكون تعريفهم المزبور مانعاً . ويمكن أن يجاب عن الثاني بأن كون إقرار المكره غير صحيح شرعاً ، إنما يقتضي أن لا يكون صحيحاً شرعاً لأن لا يكون إقراراً مطلقاً في الشرع ، فيجوز أن يكون مقصودهم تعريف ما يطلق عليه الإقرار في الشرع سواء كان صحيحاً أو فاسداً ، وعن هذا ترى التعريفات الشرعية لكثير من العقود كالبيع والإجارة ونحوها يتناول الصحيح منه والفساد ، حتى أن كثير منهم تركوا قيد التراضي في تعريف البيع بحسب الشرع ليتناول بيع المكره كسائر البياعات الفاسدة كما صرحوا به في موضعه . وأما سبب الإقرار فلإرادة إسقاط الواجب عن ذمته بإخباره وإعلامه لئلا يبقى في تبعة الواجب . وأما شرطه فسيأتي في الكتاب . وأما ركنه فالألفاظ المذكورة فيما يجب به موجبا للإقرار . وأما حكمه فظهور ما أقر به لا ثبوته مستدعية للصالح ، قال الله تعالى - وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوها بينهما - وبعد ما حصل له من المال إما بالإقرار أو بالصالح فأمر صاحب المال بماله لا يخلو إما أن يستريح منه أولاً ، فإن استريح منه فلا يخلو إما أن يستريح بنفسه أو بغيره ،

رجل قال لآخر لي عليك اثنا عشر ألف درهم ، فأنكر وقال كان ديني لك خمسة آلاف درهم وقد دفعته إليك وأديتها لك ، فقال : تلك الخمسة آلاف التي أديتها هل هي من تلك الاثني عشر ألفاً ؟ فقال نعم هي منها ، فهذا إقرار بالاثني عشر ألفاً لظهور أن إشارة المدعى في الاستفهام إلى الاثني عشر ألفاً الذي كان موصوفاً بالوجوب في ذمة المدعى عليه ، وإلا لكان كلامه لفوا محضاً لفائدة فيه ، وكلام العاقل لا يعمل على الفلأ إلا إذا تدرج له على الصحة كذا ، فالمبسوط في باب ما يكون إقراراً ، فسواء أجاب المدعى عليه بقوله نعم هي منها بإثبات لفظ نعم هل ما في بعض صور الاستفهام ، أو بقوله هي منها بدون لفظ نعم يكون ماتقدم من كلام المدعى كالمعاد فيه فكأنه قال نعم هي من تلك الاثني عشر ألفاً التي كان لك على ، فلو صرح بهذا لكان إقراراً فكذا هذا . قال الإمام شمس الأئمة السرخسي في المبسوط : رجل قال لآخر اقضه الألف التي لي عليك فقال نعم فقد أقر بها ، لأن قوله نعم لا يستقل بنفسه وقد أخرج مخرج الجواب وهو صالح الجواب فيصير ماتقدم من الخطاب كالمعاد فيه ، فكأنه قال نعم أعطيك الألف التي لك على . ثم قال : وعلى هذا الأصل يثبت بعض مسائل الباب ، وبعض المسائل مبنية على أنه متى ذكر في معرض الجواب كلام يستقل بنفسه ويكون مفهوم المعنى يجعل مبتدأ فيه لا يجيب إلا أن يذكر فيه ما هو كناية عن المال المذكور فحينئذ لا بد من أن يحمل على الجواب ، إلى هنا عبارته . وقال الشيخ قوام الدين الإقناني في غاية البيان : الأصل هنا أن ما لا يصلح للابتداء من الكلام ويصلح للبناء فإنه يجعل مربوطاً لما تقدم ذكره ويعتبر به حتى يفيد ولا يلغو لأنه لا يلغى من كلام العاقل ما أمكن ، وإذا كان يصلح للابتداء ويصلح للبناء فإنه يجعل للابتداء ولا يجعل مربوطاً بما تقدم ولا يعتبر به حتى لا يلزمه المال بالشك . وفي الكافي للعلامة القاسمي : لو قال له رجل لي عليك ألف فقال أنزله أو انتقده أو أجلى أو قضيتك فهو إقرار ، لأن الكناية تنصرف إلى الألف المذكور وهو الموصوف بالوجوب فكأنه قال : انتقد أو أنزل أو أجلى أو قضيت الألف الواجب لك على . وفي شرح الكنز للشيخ المحقق الزيلعي : الأصل فيه أن الجواب ينتظم إعادة الخطاب ليفيد الكلام ، فكل ما يصلح جواباً ولا يصلح ابتداءً يجعل جواباً ، وما يصلح للابتداء أو يصلح لها فإنه يجعل ابتداءً لوقوع الشك في كونه جواباً لئلا يلزم المال بالشك ، فإن ذكر الهماء في الكناية يصلح جواباً لا ابتداءً ، وإذا لم يذكر الهماء لا يصلح جواباً فلا يكون إقراراً بالشك . هذا إذا كان الجواب مستقلاً ، وإذا كان غير مستقل كقوله نعم يكون إقراراً مطلقاً لأنه غير

ابتداء ، ألا يرى أنه لا يصح الإقرار بالطلاق والعناق مع الإكراه ، والإنشاء يصح مع الإكراه عندنا ، ولهذا قالوا : لو أقر لغيره بمال والمقر له يعلم أنه كاذب في إقراره لا يحل له أخذه عن كره منه فيما بينه وبين الله تعالى إلا أن يسلمه بطيب من نفسه فيكون تملكاً مبتدأ على سبيل الهبة ، والمالك يثبت للمقر له بلا تصديق وقبول ولكن يبطل برده ، والمقر له إذا صدقه ثم رده لا يصح رده ، كذا في الكافي وغيره . وقال صاحب النهاية ومن يحدو حدوه : وحكمه لزوم ما أقر به على المقر ، وعمله إظهار الخبر به لغيره لا التملك به ابتداء . ويدل عليه مسائل : إحداهما أن الرجل إذا أقر بعين لا يملكه يصح إقراره حتى لو ملكه المقر يوماً من الدهر يؤمر بتسليمه إلى المقر له ، ولو كان الإقرار تملكاً مبتدأ لما صح ذلك لأنه لا يصح تملك ما ليس بمملوك له . والثانية أن الإقرار بالخمر للمسلم يصح حتى يؤمر بالتسليم إليه ، ولو كان تملكاً مبتدأ لم يصح . والثالثة أن المريض الذي لا دين عليه إذا أقر بجميع ماله لأجنبي صح إقراره ولا يتوقف على إجازة الورثة ، ولو كان تملكاً مبتدأ لم ينفذ إلا بقدر الثلث عند عدم إجازتهم . والرابعة أن العبد المأذون إذا أقر لرجل بعين في يده صح إقراره ، ولو كان الإقرار سبباً للملك ابتداء كان تبرعاً من العبد وهو لا يجوز في الكثير . وأما دليل كونه حجة على المقر فالكتاب والسنة وإجماع الأمة ونوع من المعقول . أما الكتاب فقوله تعالى - وليلال الذي عليه الحق وليتق الله ربه ولا يبخس منه شيئاً - بيانه أن الله تعالى أمر بإملاء من عليه الحق ، فلو لم يلزمه بالإملاء شيء لما أمر به والإملاء لا يتحقق إلا بالإقرار ، وأيضاً نهي عن الكتمان وهو آية على لزوم ما أقر به كما في نهي اليهود عن كتمان الشهادة . وقوله تعالى - قالوا أقررتهم وأخذتم على ذلكنم إصرى قالوا أقرنا - بيانه أنه طلب منهم الإقرار ، ولو لم يكن الإقرار حجة لما طلبه . وقوله تعالى - كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم - قال المفسرون : شهادة المرء على نفسه إقرار . وقوله تعالى - بل الإنسان على نفسه بصيرة - قال ابن عباس رضي الله عنهما : أي شاهد بالحق . وأما السنة فما روى « أن النبي صلى الله عليه وسلم رجم ماعزا بإقراره بالزنا والغامدية باعترافاً ، وقال في قصة العفيف : واغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها » فأثبت الحد بالاعتراف . والحديثان مشهوران في كتب الحديث ، فلو لم يكن الإقرار حجة لما طلبه وأثبت الحد به وإذا كان حجة فيما يندرى بالشبهات فلأن يكون حجة في غيره أولى وأما الإجماع فلأن المسلمين أجمعوا على كون الإقرار حجة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا من غير تكبر . وأما المعقول فلأن الخبر كان متردداً بين الصدق والكذب في الأصل ، لكن ظهر رجحان الصدق على الكذب لوجود الداعي إلى الصدق والصارف عن الكذب ، لأن عقله ودينه يحمله على الصدق ويزجره عن الكذب ، ونفسه الأمارة بالسوء ربما تحمله على الكذب في حق الغير ، أما في حق نفسه فلا فصار عقله ودينه وطبعه دواعي إلى الصدق زواجر عن الكذب ، فكان الصدق ظاهراً فيما أقر به على نفسه فوجب قبوله والعمل به :

وقد ذكر استرباحه بنفسه في كتاب البيوع للمناسبة التي ذكرناها هنالك بما قبله ، وذكرها هنا استرباحه بغيره وهو المتعارفة ،

مستقل ، وقد أخرجه جواباً وهو غير صالح له فصار ما تقدم من الخطاب كالمعاد فيه . وذكر الإمام فخر الدين الشهرستاني بقاضيه : أن الكلام إذا خرج على وجه الكناية عن المال الذي ادعاه المدعي يكون إقراراً إلى غير ذلك ما ذكر في الكتب المتبررة والزرر المطولة والمختصرة ، ثم إذا كان هذا الكلام إقراراً لا يغيره الإنكار سابقاً كان أو لاحقاً بناء على إطلاق الكتب وهي تكن دليلاً لنا في أمثال ذلك ، ومن ادعى التقييد بعدم سبق الإنكار فعليه البيان والإظهار . وما يجري مجرى الشاهد لما ذكرنا من أن ذلك إقرار مذكر في أكثر كتب الفتاوى ، وهو لو قال « مرا آدين جله ينج درم داده نیست » يكون إقراراً بجميع ما ادعى لأن الجملة إشارة إلى ما ادعى من حقه عليه فإنه في غاية القرب من تلك المسئلة المتنازع فيها . فإن قيل : قد ذكر فيها أيضاً أنه لو قال « ينج درم داده نیست » لا يكون إقراراً فالفرق بينهما حتى تكون إحداهما إقراراً دون الأخرى . وفي الحانها : رجل ادعى على رجل ألفاً فقال المدعي عليه أعطيتك دعواك لم يكن إقراراً ، وكذا أوقال المدعي عليه آخر عني دعواك شهراً ، أوقال آخر الذي ادعيت لم يكن إقراراً ، ولو قال آخر عني دعواك حتى يقدم مالك فأعطيتك يكون

قال (وإذا أقر الحر البالغ العاقل بحق لزمه إقراره)

(قال) أى القدورى فى مختصره (وإذا أقر الحر البالغ العاقل بحق لزمه) أى لزم المقر (إقراره) أى موجب إقراره أو ما أقر به . أقول : يرد عليه النقض بما إذا أقر الحر البالغ العاقل بحق مكرها فإنه لا يلزمه إقراره ، فكان لابد من ذكر الطائفة أيضا . لا يقال : تركه اعتادا على ظهور كون الطوع والرضا من شروط صحة الإقرار . لأننا نقول : ليس ظهوره بمثابة ظهور اشتراط العقل والبلوغ اللذين هما مدار الأحكام كلها ولم يتركهما

وإن لم يستريح غلا يخلو إما أن يحفظه بنفسه أو بغيره ، ولم يذكر حفظه بنفسه لأنه لم يتعلق به حكم فى المعاملات فبقى حفظه

إقرارا ، ولو قال حتى يقدم مالى فأعطيك دعواك فليس بإقرار انتهى . قلنا : الفرق بين جل ، فإن أهم الإشارة فى الأولى كناية عن المال الموصوف بالوجوب على الخصم فى الواقع ، وفى الثانية إلى المال الواجب فى زعم المدعى كأنه قال من ذلك المال الذى تزعم وتدعى وجوبه على . وتوضيحه أن قول المدعى لى عليك عشرة دراهم مدلوله وجوب عشرة دراهم فى ذمة المدعى عليه وذلك الوجوب موصوف بكونه فى زعم المدعى وادعائه ، فإذا أشير إلى المدلول نفسه يكون الكلام الأول كالمعاد ، ويتضمن الجواب الاعتراف بالوجوب فيكون إقرارا ، وإذا أشير إليه موصوفا بكونه فى زعم المدعى لم يوجد الاعتراف فلا يكون إقرارا . فإن قيل : ذكر فى الخاتمة قال لاخر لى عليك ألف درهم فقال لا أعطيكها لا يكون إقرارا . وفى التاتارخانية والبرازية : إذا قال لغيره لى عليك ألف درهم فقال أما خمسمائة منها فلا ، أو قال أما خمسمائة منها فلا أعرفها فقد أقر بخمسمائة مع أن الضمير كناية عن المال الموصوف بالوجوب فى اللزمة فانتقض ما ذكرتم . قلنا : لا نسلم الانتقاض ، فإن فى صورة النفي يحتمل توجه النفي إلى جميع ما سبق ذكره كما فى قوله تعالى - لا يسألون الناس إلحافا - وقول الشاعر :

* حل لاحب لا يبتدى بمناره * قال الإمام شمس الأئمة السرخسى فى المبسوط ما لوقال أسرج دابتي هذه أو ألجم بغلى هذا أو أعط سرج بغلى هذا أو ألجم بغلى هذا فقال لا حيث لا يكون إقرارا فى عامة الروايات ، إذ لأجواب هو نفي فيكون موجب ضد موجب جواب هو إثبات وهو قوله نعم ، فإذا جعل ذلك إقرارا عرفنا أن هذا لا يكون إقرارا ، وهذا لأنه نفي بجميع ما سبق ذكره فكأنه قال لا أعطيك وليس أنبغل والسرج والجمام لك لأن هذا اللفظ صالح لنفي جميع ذلك انتهى ، مع أن قوله لا أعطيكها إقرارا فى بعض الروايات . وقد استدلل بعض أعظم العلماء على كون الجواب المذكور إقرارا بأنه إذا قال لى منه لزمه القول والاعتراف بأنه قضى خمسة آلاف فهذا إقرار بالمضى كما فى قوله قضيتك بعضها منها أو أخذت شيئا منها . أقول : فيه تأمل ، فإنه إذا قال أما خمسمائة منها فلا لزمه القول بأن خمسمائة منها فنعم مع أنه ليس إقرارا بالألف ، ويجوز أن يجب بأن لزوم تقييد الإثبات بقوله منها غير مسلم بل اللازم أملا خمسمائة فنعم فليتدبر .

(تذييل) قال فى المحيط فى أول باب الإقرار بالبراءة وغيرها : قال هوبرىء من مال عليه يتناول الديون لأن كلمة على لاتستعمل إلا فى الديون فلا يدخل تحتها الأمانات . ولو قال من مالى عنده يتناول الأمانات دون المضمونات لأن كلمة عند تستعمل فى الأمانات دون المضمونات ؛ ألا يرى لو قال لفلان عندى ألف درهم كان إقرارا بالأمانة والبراءة عن الأعيان بالإسقاط والإبراء باطلة ، حتى لو قال أبرأتك عن هذه العين لاتصح لأن العين لاتقبل الإسقاط ، فأما ثبوت البراءة عن الأعيان بالنفي من الأصل أو برد العين إلى صاحبه صحيح حتى لو قال لإملاك لى فى هذه العين ثم ادعى أنها له لم تصح دعواه . وقوله هوبرىء من مالى عنده لإخبار عن ثبوت البراءة وليس بإنشاء للإبراء فيعمل على سبب يتصور البراءة بذلك وهو النفي من الأصل أو الرد إلى صاحبه تصحيحا لتصرفه . وقال فى المحيط فى هذا الباب : لو قال كل من لى عليه دين فهو برىء منه لا يبرأ غراموه من دونه إلا أن يقصد رجلا بعينه فيقول هذا برىء من مالى عليه أو قبيلة فلان وهم حضور ، وكذلك لو قال استوفيت جميع مالى على الحسن من الديون لا يصح لما عرف فى كتاب الهبة فى باب هبة الابن . وقال فى المحيط فى باب الإقرار بالعتق والكتابة والتدبير : أقر أنه أعتق عبده أسس وهو كاذب يعتق قضاء لادبائة ، لأن الظاهر أن العاقل صادق فى إقراره وإخباره باعتقابه عقله ودينه ، فإذا ادعى الكذب فيه فقد ادعى خلاف الظاهر فلا يصدق القاضى لأنه مطلع على الظاهر لاعلى التفسير ، ويصدق ديلقة لأن الله تعالى مطلع على ضميره . ولو أقر أنه أعتق عبده هذا ، لا بل هذا عتق لأن كلمة لا بل للرجوع عن الأول وإقامة الثانى مقامه ، وإقامة الثانى مقام الأول صحيح والرجوع عن الأول لا يصح كما فى الطلاق . تمت الرسالة .

(قال المصنف : وإذا أقر الحر البالغ العاقل الحق) أقول : قال الزيلعى : كون المقر حرا ليس بشرط حتى يصح إقرار العبد وينفذ فى الحال فيما لا تهمه فيه كالمخدود والقصاص ، وفيما فيه تهمة لا يؤخذ فيه فى الحال لأنه إقرار على الغير وهو المولى ، ويؤخذ به بعد العتق لزوال المانع وهو ظهير ما إذا أقر الحر لإنسان بعين مملوكة لغيره لا ينفذ للحال ، ولذا ملكها يؤمر بتسليمها إلى المقر له لزوال المانع انتهى . ولا يخالف هذا ما ذكره المصنف لأن المصنف جعل الحرية شرطا للزوم موجب إقراره فى الحال على ماهو المفهوم من قوله لزمه إقراره لا لمصلحة الإقرار فليتأمل ، فإن ظاهر قوله ليصح إقراره مطلقا . وقوله لا يصح إقراره بالمال ينبوعا ذكرنا ، وباب التأويل مفتوح .

مجهولاً كان ما أقر به (أو معلوماً) اعلم أن الإقرار إخبار عن ثبوت الحق، وأنه ملزم لوقوعه دلالة؛ ألا ترى كيف ألزم رسول الله صلى الله عليه وسلم ماعزاً رضي الله عنه الرجم بإقراره وتلك المرأة باعتبارها وهو حجة قاصرة لقصور ولاية المقر عن غيره فيقتصر عليه. وشرط الحرية ليصح إقراره مطلقاً، فإن العبد المأذون له وإن كان ملحقاً بالحر في حق الإقرار،

(مجهولاً كان ما أقر به أو معلوماً) هذا أيضاً لفظ القدوري: يعني لافرق في صحة الإقرار ولزومه بين أن يكون ما أقر به معلوماً أو مجهولاً كما سيأتي تفصيله. قال المصنف (اعلم أن الإقرار إخبار عن ثبوت الحق) أراد بهذا التنبيه على أن الإقرار إخبار عن ثبوت الحق فيما مضى لا إنشاء الحق ابتداءً لئلا يرد الإشكال بصحة الإقرار بخمر للمسلم وغير ذلك من المسائل المبينة على كون الإقرار إخباراً عما ثبت فيما مضى لا إنشاء في الحال كما بينها فيما مر، ولم يرد بذلك تعريف الإقرار حتى يرد عليه أنه يتناول الدعوى والشهادة أيضاً فلم يكن مانعاً عن دخول الأغيار كما زعمه بعض الشراح (وأنه ملزم) أي وأن الإقرار ملزم على المقر ما أقر به لوقوعه أي لوقوع الإقرار (دلالة) أي دليلاً على وجود الخبر به كما يشهد به الكتاب والسنة وإجماع الأمة ونوع من المعقول على ما فصلناه فيما مر. وقد أشار المصنف رحمه الله إلى بعض منها بقوله (ألا ترى كيف ألزم رسول الله صلى الله عليه وسلم ماعزاً الرجم بإقراره) أي بإقراره بالزنا (وتلك المرأة) أي وكيف ألزم تلك المرأة وهي الغامدية الرجم (باعترافها) أي باعتبارها بالزنا أيضاً، فإذا كان ملزماً فيما يندري بالشبهات فلأن يكون ملزماً في غيره أولى كذا قالوا. أقول: يرد على ظاهره منع إطلاق هذه الأولوية فإن العبد المحجور عليه يصح إقراره بالحدود والقصاص ولا يصح إقراره بالمال على ما ذكره المصنف فيما سيأتي فكان ملزماً في حقه ما يندري بالشبهات دون غيره فتأمل في الدفع (وهو) أي الإقرار (حجة قاصرة) أي قاصرة على نفس المقر غير متعدية إلى الغير (لقصور ولاية المقر عن غيره فيقتصر عليه) أي على المقر نفسه، حتى لو أقر مجهول الأصل بالرق لرجل جاز ذلك على نفسه وماله ولم يصدق على أولاده وأمهاتهم ومدبريه ومكاتبه، لأنه قد ثبت حق الحرية أو استحقاق الحرية لهؤلاء فلا يصدق عليهم، بخلاف البيئة فإنها تصير حجة بالقضاء والقاضي ولاية عامة فتتعدى إلى الكل، أما الإقرار فلا يقتصر على القضاء فينفذ في حق المقر وحده، كذا في الكافي وغيره. واعلم أن هذا لا ينافي ما ذكرنا أن الإقرار حجة شرعية فوق الشهادة بناء على انتفاء التهمة فيه، لأن القوة والضعف وراء التعدية والاقتصار، فاتصاف الإقرار بالاقتصار على نفس المقر والشهادة بالتعدية إلى الغير لا ينافي اتصافه بالقوة، واتصافها بالضعف بالنسبة إليه بناء على انتفاء التهمة فيه دونها (وشرط الحرية ليصح إقراره مطلقاً) أي في المسال وغيره (فإن العبد المأذون له وإن كان ملحقاً بالحر في حق الإقرار) حتى إذا أقر بدين لرجل

بغيره وهو الوديعه. قال (وإذا أقر الحر البالغ العاقل) الإقرار مشتق من القرار فكان في اللغة عبارة عن إثبات ما كان منزلاً. وفي الشريعة عبارة عن الإخبار عن ثبوت الحق، وشروطه ستذكر في أثناء الكلام، وحكمه أنه ملزم على المقر ما أقر به لوقوعه دلالة على الخبر به، فإن المسال محبوب بالطبع فلا يقر لغيره كاذباً، وقد اعتضد هذا المعقول بقوله صلى الله عليه وسلم الإقرار والإلزام به في باب الحدود «فإنه عليه الصلاة والسلام رجم ماعزاً بإقراره والغامدية باعتبارها» فإنه إذا كان ملزماً فيما يندري بالشبهات فلأن يكون ملزماً في غيره أولى، وهو حجة قاصرة، أما حجته فلما تبين أنه ملزم وغير الحجة غير ملزم،

(قوله وفي الشريعة عبارة عن الإخبار عن ثبوت الحق الخ) أقول: لعله ينتقض بالإقرار بأنه لاحق لعل فلان وبالإبراء وبإسقاط الدين ونحوه كإسقاط حق الشفعة، إلا أن يقال: المعروف هو الإقرار في الأموال كما يدل عليه ما ذكر في الدليل المعقول. ووجه التقديم وفيه تأمل. قال الإمام العلامة الكاكي في شرح قولهم عبارة عن الإخبار عن ثبوت الحق: أي الحق المعين على نفسه انتهى. وفي عبارة التبيين تأمل، إلا أنه لابد من قيد على نفسه ليمتاز عن الدعوى والشهادة. وقال الكاكي: وسببه إرادة إسقاط الواجب عن ذمته انتهى. وقال في النهاية وركب الألفاظ المذكورة فيما يجب به موجب الإقرار على المقر انتهى (قوله لوقوعه دلالة) أقول: فيه نوع مصادرة، ويتدفع بالتحقيق الذي لذكره بعد أسطر (قوله على الخبر به) أقول: كوجوب المال إذا قال له على كذا (قوله أما حجته فلما تبين أنه ملزم) أقول: دليل من الشكل الثاني

لكن المحجور عليه لا يصح إقراره بالمال ويصح بالحدود والقصاص

أو بديعة أو عارية أو غصب يصح (لكن المحجور عليه لا يصح إقراره بالمال ويصح بالحدود والقصاص) قال صاحب العناية :
 وكان هذا اعتذار عن قوله إذا أقر الحر ، ولعله لا يحتاج إليه لأنه قال : إذا أقر الحر بحق لزمه وهذا صحيح ، وأما أن غير الحر
 إذا أقر لزم أو لم يلزم فساكت عنه فلا يرد عليه شيء . أقول : ليس ما ذكره بصحيح ، إذ قد صرحوا في مواضع شتى
 من هذا الكتاب وغيره بأن التخصيص بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه بخلاف ، حتى أن الشارح المذكور
 قال في أواخر فصل القراءة من باب النوافل من كتاب الصلاة : فإن قيل : التخصيص بالذكر لا يدل على النفي قلنا : ذلك
 في النصوص دون الروايات انتهى . فكيف يصح قوله هاهنا ، وأما أن غير الحر إذا أقر لزم أو لم يلزم فساكت عنه ، ولو سلم
 أن لزوم إقرار غير الحر وعدم لزومه مسكوت عنه لا يقصدني لزوم ذلك بطريق مفهوم المخالفة لم يصح قوله فلا يرد عليه
 شيء ، إذ يرد عليه حيثئذ استدراك قيد الحر فيحتاج إلى الاعتذار عن ذكره . وقال صاحب العناية : ويصح أن يقال : ليس
 بمعذرة ، وإنما هو لبيان التفرقة بين العبد في صحة أقاريهم بالحدود والقصاص وحجر المحجور عن الإقرار بالمال دون المأذون له
 انتهى . أقول : ليس هذا أيضا بصحيح ، أما أولا فلأنه لا يشك العاقل الناظر إلى قول المصنف وشرط الحرية لا يصح إقراره
 مطلقا الخ في أن مراده هو المعذرة عن ذكر قيد الحر لبيان التفرقة بين العبد . وأما ثانيا فلأنه لو كان قول المصنف هذا لبيان
 التفرقة بين العبد لما كان لذكر قوله ويصح بالحدود والقصاص موقع ، إذ لا مدخل له في الفرق بينهم بل هو مغلّ به لأنهم
 متحدون في صحة أقاريهم بالحدود والقصاص ، فالحمل الصحيح لكلام المصنف هاهنا على فرض أن لا يكون المقصود منه
 المعللة إنما هو بيان الفرق بين القيود الثلاثة الواقعة في كلام القدوري بأن قيد الحرية شرط صحة الإقرار مطلقا لشرط صحة مطلق
 الإقرار ، بخلاف القيدين الآخرين : أغنى البلوغ والعقل تأمل تقف . ثم أقول : بقي بحث في كلام المصنف ، أما أولا فلأن
 كون العبد المأذون ملحقا بالحر في حق الإقرار كما يدل عليه قوله فإن العبد المأذون وإن كان ملحقا بالحر في حق الإقرار
 غير مسلم ، فإنهم صرحوا بأن العبد المأذون لا يصح إقراره بالمهر والكفالة وقتل الخطأ وقطع يد رجل عمدا أو خطأ لأنها ليست
 بتجارة وهو مسلط على التجارة لا غير ، ولا شك في صحة إقرار الحر بتلك الأمور فكان العبد المأذون ممن لا يصح إقراره مطلقا
 بخلاف الحر ، اللهم إلا أن يحمل قوله فإن العبد المأذون وإن كان ملحقا بالحر في حق الإقرار على الفرض والمبالغة . وأما ثانيا
 فلأن إقرار العبد المحجور عليه بالمال نافذ في حق نفسه ، ويلزمه المال بعد الحرية وإن لم يلزمه في الحال كما صرح به في كتاب
 الحجر ، فامعنى نفي صحة إقراره بالمال هاهنا بقوله لكن المحجور عليه لا يصح إقراره بالمال . لا يقال : مراده هاهنا أن إقراره
 بالمال لا يصح في الحال لا أنه لا يصح مطلقا فيوافق ما ذكره في كتاب الحجر . لأننا نقول : لاشك أن مقصوده هاهنا توجيه

وأما قصوره فلعدم ولاية المقر على غيره وتحقيقه أن الإقرار خبر متردد بين الصدق والكذب فكان محتملا ، والمحتمل لا يصلح
 حجة ولكن جعل حجة بترجح جانب الصدق بانتفاء التهمة فيما يقر به على نفسه والتهمة باقية في الإقرار على غيره فبقي
 على التردد النافي لصلاحية الحجية وشرط الحرية لا يصح إقراره مطلقا ، فإن العبد المأذون له وإن كان ملحقا بالحر
 في حق الإقرار ولكن المحجور عليه لا يصح إقراره بالمال ويصح بالحدود والقصاص ، وكان هذا اعتذار عن قوله إذا أقر الحر
 ولعله لا يحتاج إليه لأنه قال : إذا أقر الحر بحق لزمه وهذا صحيح ، وأما أن غير الحر إذا أقر لزم أو لم يلزم فساكت عنه فلا
 يرد عليه شيء ، ويصح أن يقال : ليس بمعذرة وإنما هو لبيان التفرقة بين العبد في صحة أقاريهم بالقصاص والحدود وحجر المحجور

(قوله ولعله ، إلى قوله : فلا يرد عليه شيء) أقول : أنت خير بأنهم صرحوا ومنهم صدر الشريعة في باب المهر بأن التخصيص
 بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه بخلاف ، فقوله ساكت عنه غير مسلم ، ولو سلم فالسكوت في هذا المقام يحتاج إلى
 المعذرة (قوله ويصح أن يقال ليس بمعذرة) أقول : كونه معذرة هو الظاهر الجلي (قوله وإنما هو لبيان التفرقة بين العبد) أقول : التفرقة
 الأولى ليست بين العبد بل بين إقرار العبد المحجور ، ولعل قوله بين العبد من قبيل التعليل (قوله وحجر المحجور) أقول : عطف على صحة .

لأن إقراره عهد موجبا لتعلق الدين برقبته وهي مال المولى فلا يصدق عليه . بخلاف المأذون لأنه مسلط عليه من جهته ، وبخلاف الحد والدم لأنه مبقى على أصل الحرية في ذلك ، حتى لا يصح إقرار المولى على العبد فيه ،

اشتراط الحرية في مسألة الكتاب : والمذكور في جواب هذه المسئلة لزوم الإقرار مطلقا : أى بلا تقييد بالحال فلا يتم التقريب ، وأيضا عدم اللزوم في الحال يوجد في الحر أيضا كما إذا أقر بالديون المؤجلة ، وكما إذا أقر لإنسان بعين مملوكة للغير فإنه لا يلزمه في الحال ، وإذا ملكها يوما يلزمه ويؤمر بتسليمها إلى المقر له ، على أن الذى ذكره المصنف هاهنا عدم صحة إقرار العبد المحجور عليه بالمسال لعدم لزومه ، ولا يلزم من عدم لزوم إقراره بالمسال في الحال كما ذكره في كتاب الحجر عدم صحة إقراره به في الحال فلا يتم التوفيق ، اللهم إلا أن تحمل الصحة هاهنا على اللزوم . قال في البدائع : وأما الحرية فليست بشرط لصحة الإقرار ، فيصح إقرار العبد المأذون بالدين والعين لما بينا في كتاب المأذون ، وكذا بالحدود والقصاص ، وكذا العبد المحجور يصح إقراره بالمسال لكن لا ينفذ على المولى للحال حتى لاتباع رقبته بالدين ، بخلاف المأذون ، إلا أنه يصح إقراره في حق نفسه حتى يؤاخذ به بعد الحرية لأنه من أهل الإقرار لوجود العقل والبلوغ إلا أنه امتنع النفاذ على المولى للحال لحقه ، فإذا عتق فقد زال المانع فيؤاخذ به ، وكذا يصح إقراره بالحد والقصاص فيؤاخذ به للحال ، لأن نفسه في حق الحدود والقصاص كالخارج عن ملك المولى ، ولهذا أو أقر المولى عليه بالحد والقصاص لا يصح انتهى . وقال في التبيين : وكون المقر حرا ليس بشرط حتى يصح إقرار العبد وينفذ في الحال فيما لا تهمه فيه كالحدود والقصاص ، وفيما فيه تهمة لا يؤاخذ به في الحال لأنه إقرار على الغير وهو المولى ، ويؤاخذ به بعد العتق لزوال المانع ، وهو نظير مالهو أقر الحر لإنسان بعين مملوكة لغيره لا ينفذ للحال ، وأما إذا ملكها يوما يؤمر بتسليمها إلى المقر له لزوال المانع انتهى . قال المصنف في تعليل مجموع ما ذكره هاهنا (لأن إقراره) أى إقرار العبد المحجور عليه (عهد) أى عرف (موجبا لتعلق الدين برقبته) لأن ذمته ضعفت بالرق فانضمت إليها مالية الرقبة ، كذا في الكافي وغيره (وهي) أى رقبة العبد المحجور عليه (مال المولى فلا يصدق عليه) أى على المولى لقصور الحجة (بخلاف المأذون لأنه) أى المأذون (مسلط عليه) أى على الإقرار (من جهته) أى من جهة المولى لأن الإذن له بالتجارة إذن له بما لا بد منه للتجارة وهو الإقرار ، إذ لو لم يصح إقراره انحسم عليه باب التجارة ، فإن الناس لا يبيعونه إذا علموا أن إقراره لا يصح ، إذ لا يتبأ لهم الاستشهاد في كل تجارة يعملونها معه ، كذا في مبسوط شيخ الإسلام والذخيرة (وبخلاف الحد والدم) أى القصاص (لأنه) أى لأن العبد (مبقى على أصل الحرية في ذلك) أى في الحد والدم وتأويل المذكور ، أو يجوز استعمال ذلك في المثني أيضا كما قالوا في قوله تعالى - عوان بين ذلك - (حتى لا يصح إقرار المولى على العبد فيه) أى فيما ذكر من الحد والقصاص لأن وجوب العقوبة بناء على الجنائية والجنائية بناء على كونه مكلفا وكونه مكلفا من خواص الآدمية

عن الإقرار بالمسال دون المأذون له . وقوله (لأن إقراره الخ) دليل ذلك المجموع ، والضمير في إقراره للمحجور عليه : أى إقرار المحجور عليه عهد موجبا لتعلق الدين برقبته وهي مال المولى فلا يصدق عليه لقصور الحجة ، بخلاف المأذون له لأنه مسلط على الإقرار من جهة المولى ، لأن الأذن بالتجارة إذن بما يلزمها وهو دين التجارة لأن الناس لا يبيعونه إذا علموا أن إقراره لا يصح ، إذ قد لا يتبأ لهم الإشهاد في كل تجارة يعملونها معه ، وبخلاف الحدود والقصاص لأن العبد فيهما مبقى على أصل الحرية حتى لا يصح إقرار المولى عليه في ذلك ، لأن وجوب العقوبة بناء على الجنائية والجنائية بناء على كونه مكلفا وكونه مكلفا من خواص الآدمية والآدمية لا تزول بالرق ، ولا بد من البلوغ والعقل لأن إقرار الصبي والمجنون غير لازم لعدم أهلية

(قوله وهي مال المولى) أقول : قوله وهي راجع إلى الرقبة (قال المصنف : بخلاف المأذون) أقول : فيما هو من باب التجارة ، وأما فيما ليس كذلك من المال فيتأخر كإقراره بالمهر بوطء امرأة تزوجها بغير إذن مولاه ، وكذا إذا أقر بجنائية موجبة للمال (قوله بما يلزمها وهو الخ) أقول : قوله هو راجع إلى الموصول (قوله لأن الناس لا يبيعونه الخ) أقول : فيه تأمل (قوله لأن وجوب العقوبة بناء الخ) أقول : ما ذكره لا ينفذ ماله قيل في إقراره بالقصاص إهلاك رقبته التي هي مال المولى فيكون إقراره على الغير ، والأولى أن يستدل عليه بما

ولا بد من البلوغ والعقل لأن إقرار الصبي والمجنون غير لازم لانعدام أهلية الالتزام، إلا إذا كان الصبي مأذونا له لأنه ملحق بالبالغ بحكم الإذن، وجهالة المقر به لا تمنع صحة الإقرار، لأن الحق قد يلزم مجهولا بأن أتلف مالا لا يدري قيمته أو يجرح جراحة لا يعلم أرشها أو تبقى عليه باقية حساب لا يحيط به علمه، والإقرار إخبار عن ثبوت الحق فيصح به، بخلاف الجهالة في المقر له لأن المجهول لا يصلح مستحقا،

والآدمية لا تزول بالرق، كذا في الشروح. قال بعض الفضلاء: هذا الاستدلال لا يدفع ما لو قيل في إقراره بالقصاص إهلاك رقبته التي هي مال المولى فيكون إقراره على الغير. والأولى أن يستدل عليه بما في كتب الأصول انتهى. أقول: بل ذلك مدفوع لأن المقصود بالقصاص إهلاك النفس، وإهلاك ماله يترقبه العبد إنما هو بالتبع فلا يكون إقراره بالقصاص إقرارا على الغير بالنظر إلى ما هو المقصود منه أصالة، ولا يضره لزوم إهلاك مال الغير بالتبع، إذ كم من شيء ثبت ضمنا ولا يثبت أصالة وذكر في كتب الأصول أن العبد يصح منه الإقرار بالحد والقصاص والسرقة المسهلكة، لأن الحياة والدم حق لا يحتاجه إليهما في البقاء، ولهذا لا يملك المولى إتلافهما. ولا يخفى أن ما توهمه ذلك القائل يتوجه إلى ما ذكر فيها أيضا والمخلص ماحققناه (ولا بد من البلوغ والعقل لأن إقرار الصبي والمجنون غير لازم لانعدام أهلية الالتزام) فلا يلزم إقرارهما شيء (إلا إذا كان الصبي مأذونا له) فحينئذ يصح إقراره في قدر ما أذن له فيه (لأنه ملحق بالبالغ بحكم الإذن) لا يخبر رأيه برأى الولي فيعتبر كالبالغ والتأثم والمغنى عليه كالمجنون لأنهما ليسا من أهل المعرفة والتمييز، وهما شرطان لصحة الإقرار، وإقرار السكران جائز بالحقوق كلها إلا بالحدود الخالصة، والردة بمنزلة سائر التصرفات تنفذ من السكران كما تنفذ من الصالح، كذا في الكافي ومعراج الدراية (وجهالة المقر به لا تمنع صحة الإقرار) يعني لو كان المقر مجهولا بأن قال المقر لفلان على شيء أو حق يصح الإقرار ويلزمه ما أقر به (لأن الحق قد يلزم مجهولا) يعني أن الحق قد يلزم الإنسان مجهولا (بأن أتلف مالا لا يدري قيمته أو يجرح جراحة لا يعلم أرشها) لأن الواجب في الجراحات أن يستأنى حولا فلا يعلم في الحال موجه (أو تبقى عليه بقية حساب لا يحيط به) أي بما بقي من الحساب (علمه والإقرار إخبار عن ثبوت الحق فيصح به) أي فيصح بكون المقر به مجهولا. فإن قلت: الشهادة إخبار عن ثبوت الحق أيضا ومع ذلك تمتنع صحتها بجهالة المشهود به فما الفرق بينهما. قلت: الشرع لم يجعل الشهادة حجة إلا بعد العلم بالمشهود به، قال الله تعالى - إلا من شهد بالحق وهم يعلمون - وقال النبي صلى الله عليه وسلم «إذا رأيت مثل الشمس فاشهد وإلا فدع» وأن الشهادة لا توجب حقا إلا بانضمام القضاء إليها، والقضاء بالمجهول لا يتصور، أما الإقرار فوجب بنفسه قبل اتصال القضاء به، وقد أمكن إزالة الجهالة بالإيجاب على البيان فيصح بالمجهول ولهذا لا يصح الرجوع عن الإقرار ويصح الرجوع عن الشهادة قبل اتصال القضاء بها، كذا في المبسوط (بخلاف الجهالة في المقر له) يعني أنها تمتنع صحة الإقرار (لأن المجهول لا يصلح مستحقا) ذكر شيخ الإسلام في مبسوطه والناطقي في واقعاته أن جهالة المقر له إنما تمتنع صحة الإقرار إذا

الالتزام إلا إذا كان الصبي مأذونا له، لأنه بحكم الإذن ملحق بالبالغين ولا يشترط كون المقر به معلوما فجهالته لا تمنع صحته لأن الإقرار إخبار عن لزوم الحق والحق قد يلزم مجهولا بأن أتلف مالا لا يدري قيمته أو يجرح جراحة لا يعلم أرشها أو تبقى عليه بقية حساب لا يحيط به علمه فالإقرار قد يلزم مجهولا. وعورض بأن الشهادة إخبار عن ثبوت الحق للمدعى، والحق قد يلزم له مجهولا فالشهادة قد تلزم مجهولة وليست بصحيحة. وأجيب بأن العلم بالمشهود به شرط بالنص وانتفاؤه يستلزم انتفاء

في كتب الأصول (قوله لأنه ملحق بالبالغين) أقول: لدلالة الإذن على عقله (قوله وعورض، إلى قوله: وليست بصحيحة) أقول: ويجوز توجيهه نقضا بل ذلك أظهر، ثم قوله وليست بصحيحة ممنوع كما نص عليه الزيلعي في أول الدعوى (قال المصنف: بخلاف الجهالة في المقر له) أقول: هذا الكلام في الشرح ناظر إلى قوله ولا يشترط كون المقر له معلوما، قال العلامة النسفي: إذا كانت متفاحشة بأن قال هذا العبد لواحد من الناس لأن المجهول لا يصلح مستحقا وإن لم تكن بأن أقر أنه غصب هذا العبد من هذا أو من هذا فإنه لا يصح هذا الإقرار عند شمس الأئمة السرخسي لأنه إقرار للمجهول. وفائدته الجهر على البيان ولا يجبر على البيان فلا يفيد. وقيل يصح وهو الأصح لأنه

(ويقال له بين المجهول) لأن التجهيل من جهته فصار كما إذا أعتق أحد عبديه (فإن لم يبين أجبره القاضي على البيان) لأنه لزمه الخروج عما لزمه بصحيح إقراره وذلك بالبيان (فإن قال لفلان على شيء لزمه أن يبين ماله قيمة لأنه أخبر عن الوجوب في ذمته ، ومالا قيمة له لا يجب فيها ، فإذا بين غير ذلك يكون رجوعا . قال (والقول قوله مع يمينه إن ادعى المقر له أكثر من ذلك)

كانت متفاحشة بأن قال هذا العبد لواحد من الناس ، أما إذا لم تكن متفاحشة بأن قال هذا العبد لأحد هذين الرجلين فلا تمنع ذلك . وقال شمس الأئمة السرخسي : لا يصح الإقرار في هذه الصورة أيضا لأنه إقرار للمجهول ، وأنه لا يفيد لأن فائدته الجبر على البيان ، ولا يجبر على البيان ها هنا لأنه إنما يجبر لصاحب الحق وهو مجهول . وفي الكافي : والأصح أنه يصح لأنه يفيد ، إذ فائدته وصول الحق إلى المستحق ، وطريق الوصول ثابت لأنهما إذا اتفقا على أخذه فلهما حق الأخذ انتهى . قال في شرح الطحاوي : وكذلك جهالة المقر تمنع صحة الإقرار ، نحو أن يقول لرجل لك على أحدنا ألف درهم لأن المقضى عليه مجهول ، وهكذا ذكر في كثير من شروح هذا الكتاب نقلا عنه . أقول : في تمثيل جهالة المقر بالمثال المذكور نظر ، إذ الظاهر أن الجهالة فيه في المقر عليه لافي المقر لأنه متعين وهو المتكلم ، والأولى في تمثيل ذلك أن يقال نحو أن يقول لرجل أحد من جماعة أو من اثنين لك على ألف ولا يدري أيهم أو أيهما قال ذلك (ويقال له بين المجهول) هذا لفظ القدوري في مختصره : يعني يقال للمقر فيما أقر بمجهول بين المجهول (لأن التجهيل من جهته) أي من جهة المقر : يعني أن الإجمال وقع من جهته فعليه البيان ، ولكن لا بد أن يبين شيئا يثبت دينا في الذمة قل أو كثر نحو أن يبين حبة أو فلسا أو جوزة أو ما أشبه ذلك ، أما إذا بين شيئا لا يثبت في الذمة فلا يقبل منه نحو أن يقول عنيت حتى الإسلام أو كفا من تراب أو نحوه ، كذا في شرح الطحاوي ، وذكر في غاية البيان (فصار كما إذا أعتق أحد عبديه) أي فصار إقراره بالمجهول كما إذا أعتق أحد عبديه في وجوب البيان عليه (فإن لم يبين) أي فإن لم يبين المقر ما أجمله (أجبره القاضي على البيان لأنه لزمه الخروج عما لزمه بصحيح إقراره) بالباء الجارة . وفي بعض النسخ : بصريح إقراره (وذلك) أي الخروج عما لزمه بصحيح إقراره (بالبيان) لا غيره ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد وعن الشافعي في قول : إن وقع الإقرار المبهم في جواب دعوى وامتنع عن التفسير يجعل ذلك إنكارا منه ويعرض اليمين عليه فإن أصر جعل ناكلا عن اليمين وحلف المدعى ، وإن أقر ابتداء يقال للمقر له ادع حقتك فإذا ادعى وأقر أو أنكر يجرى عليه حكمه كذا في معراج الدراية (فإن قال لفلان على شيء لزمه أن يبين ماله قيمة) هذا لفظ القدوري في مختصره . قال المصنف في تعليقه (لأنه أخبر عن الوجوب في ذمته) كما يدل عليه لفظة على لأنها للإيجاب والإلزام (وما لقيمة له لا يجب فيها) أي في الذمة (فإذا بين غير ذلك) أي غير ما له قيمة (يكون رجوعا) عن الإقرار فلا يقبل (قال) أي القدوري في مختصره (والقول قوله) أي قول المقر (مع يمينه إن ادعى المقر له أكثر من ذلك) أي مما بينه ، يعني إذا بين المقر ما له قيمة مما يثبت في الذمة

المشروط ، بخلاف جهالة المقر له فإنها تمنع صحة الإقرار لأن المجهول لا يصلح مستحقا ، وكذلك جهالة المقر مثل أن يقول لك على واحد منا ألف ، وإذا أقر بالمجهول يقال له بين المجهول لأنه المجهول لقيمة البيان ، كما إذا أعتق أحد عبديه فإن لم يبين أجبره الحاكم على البيان لأنه لزمه الخروج عما لزمه بصحيح إقراره بالباء الجارة . وفي بعض النسخ : تصريح إقراره ، وذلك أي الخروج إنما يكون بالبيان ، فإن قال له على شيء لزمه أن يبين ما له قيمة لأنه أخبر عن الوجوب في ذمته ومالا قيمة له لا يجب في الذمة فيكون رجوعا عن الإقرار وذلك باطل ، فإذا بين ماله قيمة مما يثبت في الذمة مكيلا كان أو موزونا أو عدديا نحو كرت حنطة أو فلس أو جوزة ، فلما أن يساعده المقر له أولا . فإن ساعده أخذه وإلا فالقول قول المقر مع يمينه ، لأن المقر له يدعى الزيادة عليه وهو منكرو ، وكذلك إذا قال لفلان على حق لما بينا أنه أخبر عن الوجوب ، وكذا لو قال غصبت منه شيئا وجب عليه أن يبين

يفيد لأن فائدته وصول الحق إلى المستحق وطريق الوصول ثابت ، لأنهما إذا اتفقا على أخذه فلهما حق الأخذ انتهى . وظاهر أن مختار

لأنه هو المنكر فيه (وكذا إذا قال لفلان على حق) لما بينا ، وكذا لو قال غصبت منه شيئا ويجب أن يبين ما هو مال يجري فيه التمانع تعويلا على العادة .

مكيلا كان أو موزونا أو عدديا نحو كرك حنطة أو فلس أو جوزة ، فإما أن يساعده المقر له أولا ، فإن ساعده أخذه ، وإن لم يساعده بل ادعى عليه الزيادة فالقول قول المقر مع يمينه (لأنه) أى لأن المقر (هو المنكر فيه) أى فيما يدعى عليه المقر له من الزيادة والقول قول المنكر مع يمينه . قال المصنف (وكذا إذا قال لفلان على حق) أى لزمه هنا أيضا أن يبين ماله قيمة (لما بينا) أنه أخبر عن الوجوب في ذمته وما لا قيمة له لا يجب فيها . وذكر في المحيط والمستزاد : ولو قال الرجل لفلان حل حق ثم قال مفصولا عنيت به حق الإسلام لا يصدق ، وإن قال موصولا يصدق لأنه بيان يعتد به باعتبار العرف لأنه لا يراد به في العرف حق الإسلام وإنما يراد به حقوق مالية ، كذا في الكافي (وكذا لو قال غصبت منه شيئا) هذه من مسائل المبسوط ذكرها المصنف تفريعا على مسألة القدوري يعنى لو قال غصبت من فلان شيئا صح إقراره ولزمه البيان أيضا . والحاصل أن كل تصرف لا يشترط لصحته وتحققه إعلام ما صادفه ذلك التصرف بالإقرار به مع الجهالة صحيح ، وذلك كالغصب والوديعة فإن الجهالة لا تمنع تحقق الغصب والوديعة ، فإن من غصب من رجل مالا مجهولا في كيس أو أودعه مالا مجهولا في كيس فإنه يصح الغصب والوديعة ويثبت حكمهما ، وكل تصرف يشترط لصحته وتحققه إعلام ما صادفه ذلك التصرف بالإقرار به مع الجهالة لا يصح وذلك كالبيع والإجارة ، فإن من أقر أنه باع من فلان شيئا أو آجر من فلان شيئا أو اشتري من فلان كذا بشيء لا يصح ولا يجبر المقر على تسليم شيء ، وهذا لأن الثابت بالإقرار كالثابت معاينة ، ولو عاينا أنه باع منه شيئا مجهولا لا يجب تسليم شيء بحكم هذا البيع لكونه فاسدا فكذا إذا ثبت بالإقرار ، ولو عاينا أنه غصب شيئا مجهولا في كيس يجبر على الرد فكذا إذا ثبت بالإقرار ، وإذا صح الإقرار بالغصب مع الجهالة يجبر المقر على البيان حقا للمقر له ، كذا في الكافي والمحيط البرهاني (ويجب أن يبين ما هو مال يجري فيه التمانع تعويلا على العادة) أى اعتمادا عليها . واعلم أنه ذكر في المبسوط : رجل قال غصبت من فلان شيئا : فالإقرار صحيح ويلزمه به ما يمينه ، ولا بد أن يبين شيئا هو مال لأن الشيء حقيقة اسم لما هو موجود مالا ، كان أو غير مال ، إلا أن لفظ الغصب دليل على المالية فيه ، فإن الغصب لا يرد إلا على ما هو مال ، وما ثبت بدلالة اللفظ فهو كالمفوض كقوله اشتريت من فلان شيئا يكون إقرارا بشراء ما هو مال لأن الشراء لا يتحقق إلا فيه ، ولا بد أن يبين ما لا يجري فيه التمانع بين الناس ، حتى لو فسره بحجة حنطة لا يقبل ذلك منه لأن إقراره بالغصب دليل على أنه كان ممنوعا من جهة صاحبه حتى يغلب عليه فغصبه وهذا مما يجري فيه التمانع ، فإذا بين شيئا بهذه الصفة قبل بيانه لأن هذا بيان مقررا لأصل كلامه وبيان التقرير يصح موصولا كان أو مفصولا ، ويستوى أن يبين شيئا يضمن بالغصب أو لا يضمن بعد أن يكون بحيث يجري فيه التمانع حتى إذا بين أن المغموص خمر فالقول قوله وكذلك إن بن أن المغموص دار فالقول قوله وإن كانت لا تضمن بالغصب عند أبي حنيفة . واختلف المشايخ فيما إذا بين أن المغموص زوجته أو ولده فمنهم من يقول : بيانه مقبول لأنه موافق لمبهم كلامه فإن لفظ الغصب يطلق على الزوج والولد عادة والتامع

ما هو مال ، حتى لو بين أن المغموص زوجته أو ولده لا يصح ، وهو اختيار مشايخ ما وراء النهر ، وقيل يصح وهو اختيار مشايخ العراق والأول أصح لأن الغصب أخذ مال فحكمه لا يجري فيما ليس بمال ، ولا بد أن يبين ما يجري فيه التمانع حتى لو بين في حبة حنطة أو في قطرة ماء لا يصح لأن العادة لم تجر بغصب ذلك فكانت مكذبة له في بيانه ، ولو بين في العقار أو خمر المسلم صح لأنه مال يجري فيه التمانع . فإن قيل : الغصب أخذ مال متقوم محترم بغير إذن المسالك على وجه يزيل يده وهو لا يصدق على العقار وخمر المسلم فلزم نقض التعريف أو عدم قبول البيان فيهما . فالجواب أن ذلك حقيقة ، وقد ترك الحقيقة بدلالة العادة كما عرف في موضعه ، وقد أشار إليه بقوله (تعويلا على العادة)

المصنف مذهب إليه شمس الأئمة (قوله فالجواب أن ذلك حقيقة الخ) أقول : يعنى أن ذلك حقيقة شرعية ، وقد ترك الحقيقة بدلالة العادة والعرف ، فإن لفظ الغصب يطلق في العرف على المعنى الأعم من المعنى الحقيقي .

(ولو قال لفلان على مال فالمرجع إليه في بيانه لأنه المجمل ويقبل قوله في القليل والكثير) لأن كل ذلك مال فإنه اسم لما يتمول به (إلا أنه لا يصدق في أقل من درهم)

فيه يجرى بين الناس أكثر مما يجرى في الأموال . وأكثرهم على أنه لا يقبل بيانه بهذا لأن حكم الغصب لا يتحقق إلا فيما هو مال فبيانه بما ليس به ال يكون إنكاراً لحكم الغصب بعد إقراره بسببه وذلك غير صحيح منه ، إلى هنا لفظ المبسوط . وصرح في الإيضاح وغيره بأن الأول وهو قبول بيانه بأن المغمصوب زوجته أو ولده اختيار مشايخ العراق . والثاني وهو عدم قبول بيانه بذلك اختيار مشايخ ما وراء النهر . وإذا قد عرفت ذلك تبين لك أن المصنف اختار هاهنا قول مشايخ ما وراء النهر حيث قال : ويجب أن يبين ما هو مال يجرى فيه التمانع تعويلاً على العادة : يعني أن مطلق اسم الغصب ينطلق على أخذ مال متقوم في العرف . هذا وقال صاحب العناية في شرح هذا المقام : وكذا لو قال غصبت منه شيئاً وجب عليه أن يبين ما هو مال ، حتى لو بين أن المغمصوب زوجته أو ولده لا يصح وهو اختيار مشايخ ما وراء النهر . وقيل يصح وهو اختيار مشايخ العراق . والأول أصح لأن الغصب أخذ مال فحكمه لا يجرى فيما ليس بمال ، ولا بد أن يبين ما يجرى فيه التمانع حتى لو بين في حبة حنطة أو في قطرة ماء لا يصح ، لأن العادة لم تجر بغصب ذلك فكانت مكذبة له في بيانه ، ولو بين في القار أو في خر المسلم يصح لأنه مال يجرى فيه التمانع . فإن قيل : الغصب أخذ مال متقوم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يده وهو لا يصدق على القار وخر المسلم فلزم نقض التعريف أو عدم قبول البيان فيهما . فالجواب أن ذلك حقيقته ، وقد ترك الحقيقة بدلالة العادة كما عرف في موضعه ، وقد أشار إليه بقوله تعويلاً على العادة ، إلى هنا كلامه . أقول : فيه نظر ، أما أولاً فلأن صحة ما ذكره في هذا الجواب من أن حقيقة الغصب ترك بدلالة العادة تنا في صحة ما ذكره في تعليل أحجية اختيار مشايخ ما وراء النهر فيما لو بين أن المغمصوب زوجته أو ولده من أن الغصب أخذ مال فحكمه لا يجرى فيما ليس بمال ، لأن مشايخ العراق يقولون إن لفظ الغصب يطلق على الزوج والولد عادة ، والتمانع فيه يجرى بين الناس أكثر مما يجرى في الأموال كما صرح به في المبسوط وغيره ، وليس معنى هذا القول منهم إلا أن حقيقة الغصب ترك في ذلك بدلالة العادة ، فكيف يصح تعليل أحجية اختيار مشايخ ما وراء النهر فيه بأن الغصب أخذ مال فحكمه لا يجرى فيما ليس بمال . وأما ثانياً فلأن قوله وقد أشار إليه بقوله تعويلاً على العادة لا يكاد يصح لأن قول المصنف تعويلاً على العادة علة لوجوب أن يبين ما هو مال يجرى فيه التمانع . ومعناه أن حقيقة الغصب وإن تناولت ما يجرى فيه التمانع من الأموال وما لا يجرى فيه التمانع منها ، إلا أن العادة خصصته بالأول فلا بد أن يبين ذلك ، ومقصوده الاحتراز عما لو بين حبة حنطة أو قطرة ماء فإنه لا يصح قطعاً . وأما أن حقيقة الغصب ترك بدلالة العادة إلى مله أعم منها فلا إشارة إليه في كلامه أصلاً ، كيف ولو صح ذلك عنده وكان في كلامه إشارة إليه لما صح القول منه بوجوب أن يبين مالا ، إذ العادة جارية قطعاً على إطلاق لفظ الغصب على ما ليس بمال كالزوجة والولد لإطلاقاً جارياً على اللغة لاعلى حقيقته الشرعية . وبالجمل إن كلام المصنف هاهنا مسوق على ما هو مختار مشايخ ما وراء النهر دون مختار مشايخ العراق ، وفيما ذكره صاحب العناية خلط المذهبين (ولو قال لفلان على مال فالمرجع إليه في بيانه) وهذا لفظ القدروري في مختصره : يعني لو قال أحد في إقراره لفلان على مال فالرجوع إلى المقر في بيان قدر المال . قال المصنف في تعليقه (لأنه المجمل) يعني أن المقر هو المجمل والرجوع في بيان المجمل إلى المجمل (ويقبل قوله في القليل والكثير) وهذا من تنمة كلام القدروري . قال المصنف في تعليقه (لأن كل ذلك مال ، فإنه) أي المال (اسم لما يتمول به) وذلك موجود في القليل والكثير ، ثم قال المصنف (إلا أنه) أي المقر (لا يصدق في أقل من درهم) والقياس أن يصدق فيه أية مال . وفي الاستحسان : لا يصدق فيه ، وجهه ترك الحقيقة

قال (ولو قال لفلان على مال الخ) إذا قال في إقراره لفلان على مال فالرجوع إلى البيان إليه لكونه المجمل ، ويقبل قوله فيما بين إلا فيما دون الدرهم ، والقياس قبوله لأنه مال ، ووجه الاستحسان ترك الحقيقة بدلالة العادة . ولو قال مال عظيم قال الشافعي : هو مثل الأول ، وقلنا فيه إلغاء لوصف العظم فلا يجوز فلا بد من البيان بما يعد عظمياً عند الناس والغنى عظيم عند الناس ، والغنى

لأنه لا يعد مالا عرفا (ولو قال مال عظيم لم يصدق في أقل من مائتي درهم) لأنه أقر بما لم يوصف فلا يجوز إلغاء الوصف والنصاب عظيم حتى اعتبر صاحبه غنيا به ، والغنى عظيم عند الناس . وعن أبي حنيفة أنه لا يصدق في أقل من عشرة دراهم وهي نصاب السرقة لأنه عظيم حيث تقطع به اليد المحترمة ، وعنه مثل جواب الكتاب ،

بدلالة العرف ، وقد أشار إليه بقوله (لأنه) أى الأقل من درهم (لا يعد مالا عرفا) فإن مادون الدرهم من الكسور ولا يطلق اسم المال عليه عادة ، كذا في المبسوط . قال الإمام علاء الدين الإسيباني في شرح الكافي للحاكم الشهيد : ولو قال له على مال كان القول قوله فيه ودرهم مال . ثم قال : وهذا اللفظ يوم أنه لا يقبل قوله إذا بين أقل من درهم . وقال بعضهم : ينبغي أن يقبل قوله في البيان لأن اسم المال منطلق على نصف درهم وسدس درهم كما ينطلق على الدرهم . ثم قال : والصحيح أنه لا يقبل لأن المال الذى يدخل تحت الالتزام والإقرار لا يكون أقل من درهم ، وهذا ظاهر في حكم العادة فحملناه عليه اه كلامه . وقال الناطقي في أجناسه : وفي نوادر هشام قال محمد رحمه الله : لو قال لفلان على مال له أن يقر بدرهم . ثم قال : وقال الماروني : لو قال لفلان على مال هو على عشرة دراهم جيد ، ولا يصدق في أقل منه في قول أبي حنيفة وزفر رحمهما الله . وقال أبو يوسف : يصدق في ثلاثة دراهم ولا يصدق في أقل منه ، إلى هنا لفظ الأجناس (ولو قال مال عظيم لا يصدق في أقل من مائتي درهم) هذا لفظ القدوري : يعنى لو قال لفلان على مال عظيم فعليه ما يجب فيه الزكاة وهو مائتا درهم . وقال الشافعي : هو مثل الأول . قلنا : فيه إلغاء لوصف العظم فلا يجوز ، وقد أشار المصنف إليه بقوله (لأنه أقر بما لم يوصف) أى موصوف بوصف العظم (فلا يجوز إلغاء الوصف) بل لابد من البيان بما يعد عظيما عند الناس (والنصاب) مال (عظيم) في الشرع والعرف (حتى اعتبر صاحبه غنيا به) فأوجب عليه مائة الف درهم (والغنى عظيم عند الناس) فكان فيما قلنا رعاية حكم الشرع والعرف ، وهذا قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ، ولم يذكر محمد في الأصل قول أبي حنيفة في هذا الفصل فاختلقت رواية المشايخ عنه فيه ، فأراد المصنف بيان ذلك فقال (وعن أبي حنيفة) أى روى عنه (أنه) أى المقر في هذا الفصل (لا يصدق في أقل من عشرة دراهم وهي نصاب السرقة) ونصاب المهر أيضا (لأنه) أى لأن هذا النصاب (عظيم حيث تقطع به اليد المحترمة) ويستباح به البضع المحترم (وعنه) أى عن أبي حنيفة رحمه الله (مثل جواب الكتاب) أى مثل ما ذكر في مختصر القدوري من أنه لا يصدق في أقل من مائتي درهم . قال في غاية البيان : وهو الصحيح لأنه لم يذكر عددا حتى يجب مراعاة اللفظ فيه فأوجبنا العظم من حيث المعنى وهو المال الذى يجب فيه الزكاة لأنه أقل مال له خطر في الشرع اه . وذكره صاحب العناية أيضا بقيل خلا قوله لأنه أقل مال له خطر في الشرع . أقول : فيه بحث ، لأن التعليل المذكور لا يفيد كون ما في هذه الرواية هو الصحيح ، لأن إيجابنا العظم من حيث المعنى أمر مقرر على كلتا الروايتين ، وإنما النزاع في أن ذلك العظم ماذا ؟ هل هو نصاب الزكاة أم نصاب السرقة والمهر ؟ فقوله وهو المال الذى يجب فيه الزكاة غير مسلم على الرواية الأخرى ، وكذا قوله لأنه أقل مال له خطر في الشرع ، إذ لصاحبها أن يقول بل هو المال الذى يجب فيه قطع اليد المحترمة

بالنصاب لأن صاحبه يعد غنيا فلا بد من البيان به فإن بين المال الزكوى فلا بد من بيان أقل ما يكون نصابا ، ففي الإبل خمس وعشرون لأنه أقل نصاب يجب فيه الزكاة من جنسه ، وفي الدينار بعشرين مثقالا ، وفي الدراهم بمائتي درهم . وإن بين بغيره فلا بد من بيان قيمة النصاب ، وهذا قول أبي يوسف ومحمد ، ولم يذكر محمد قول أبي حنيفة في الأصل في هذا الفصل . وروى عنه أنه قال : لا يصدق في أقل من نصاب السرقة لأنه عظيم تقطع به اليد المحترمة ، وروى عنه مثل قولهما . قيل وهو الصحيح لأنه لم يذكر عددا يجب مراعاة اللفظ فيه فأوجبنا العظم من حيث المعنى وهو المال الذى يجب فيه الزكاة . قال في النهاية : والأصح على قوله أنه يبنى على حال

(قوله قيل وهو الصحيح) أقول : القائل هو الإيتقاني (قوله وهو المال الذى يجب فيه الزكاة) أقول : قال الإيتقاني : لأنه أقل مال له خطر

وهذا إذا قال من الدراهم ، أما إذا قال من الدنانير فالتقدير فيها بالعشرين ، وفي الإبل بخمس وعشرين لأنه أدنى نصاب يجب فيه من جنسه وفي غير مال الزكاة بقيمة النصاب (ولو قال أموال عظام فالتقدير بثلاثة نصب من أى فن سماه) اعتبارا لأدنى الجمع (ولو قال دراهم كثيرة لم يصدق في أقل من عشرة) وهذا عند أبي حنيفة (وعندهما لم يصدق في أقل من مائتين)

ويستباح به البضع المحترم وهو أقل مال له خطر في الشرع فلم يتم التقريب . قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله : والأصح على قول أبي حنيفة أنه يبنى على حال المقر في الفقر والغنى ، فإن القليل عند الفقير عظيم ، وأضعاف ذلك عند الغنى حقير ، وكما أن المائتين عظيم في حكم الزكاة فالعشرة عظيم في حكم قطع يد السارق وتقدير المهر بها فوقع التعارض فيرجع إلى حال المقر ، كذا في فتاوى قاضيه خان وذكر في بعض الشروح (وهذا) أى ما ذكر من أنه لا يصدق في أقل من مائتي درهم (إذا قال من الدراهم) أى إذا قال له على مال عظيم من الدراهم سواء قال كذلك ابتداء أو قال في الابتداء له على مال عظيم ، ثم بين مراده من المال العظيم بالدراهم فقول صاحبه النهاية ومعراج الدراية في شرح قول المصنف هذا إذا قال من الدراهم : أى بين وقال إن مرادى بالمال العظيم الدراهم لا يخلو عن تقصير (أما إذا قال من الدنانير) أى إذا قال ذلك ابتداء أو ثانيا عند البيان (فالتقدير فيها) أى في الدنانير (بالعشرين) أى بعشرين مثقالا لأنه نصاب الزكاة في الذهب (وفي الإبل بخمس وعشرين) يعنى وفيها إذا قال من الإبل يقدر بخمس وعشرين إبل (لأنه أدنى نصاب يجب فيه من جنسه) كعشرين مثقالا في الدنانير ومائتي درهم في الدراهم . والحاصل أنه إذا بين يحنس من أجناس الأموال الزكوية فالتقدير أقل ما يكون نصابا في ذلك الجنس . فإن قيل : ينبغي أن يقدر في الإبل بخمس لأنه تجب فيه شاة فكان صاحبها بها غنيا . قلنا : هى مال عظيم من وجه حتى يجب فيها الزكاة ، وليست بمال عظيم من وجه حتى لا يجب فيها من جنسها ، فاعتبرنا ما ذكرنا ليكون عظيما مطلقا إذ المطلق ينصرف إلى الكامل ، كذا في الكافي وبعض الشروح (وفي غير مال الزكاة بقيمة النصاب) يعنى وفيها إذا بين غير مال الزكاة بقدر بقيمة النصاب : أى بقدر النصاب قيمة (ولو قال أموال عظام) أى ولو قال على أموال عظام بصيغة الجمع (فالتقدير بثلاثة نصب من أى فن سماه) أى من أى نوع سماه . حتى لو قال من الدراهم كان التقدير بستائة درهم ، ولو قال من الدنانير كان بستين مثقالا ، ولو قال من الإبل كان بخمس وسبعين إلى غير ذلك من الأجناس ، وإنما كان كذلك (اعتبارا لأدنى الجمع) فإن أدنى الجمع ثلاثة فيحمل على ثلاثة أموال عظام وهى ثلاثة نصب من جنس ماسماه . ولو قال على مال نفيس أو كريم أو خطير أو جليل قال الناطقى : لم أجده منصوبا ، وكان الجرجاني يقول يلزمه مائتان ، كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الإيضاح والخيرة وفي غاية البيان نقلا عن الفتاوى الصغرى قال شمس الأئمة البيهقي في كفايته عن أبي يوسف : قال لفلان على دراهم مضاعفة يلزمه ستة ، لأن أقل الدراهم ثلاثة والتضعيف أقله مرة فيضعف مرة ، قال له على دراهم أضعافا مضاعفة أو قال مضاعفة أضعافا عليه ثمانية عشر لأن الأضعاف جمع الضعف فيضاعف ثلاث مرات فكانت تسعة ، وقوله مضاعفة يقتضى ضعف ذلك فيقتضى ثمانية عشر . وفي الصورة الثانية الدراهم المضاعفة ستة وأضعافها ثلاث مرات فيكون ثمانية عشر ، قال على عشرة دراهم وأضعافها مضاعفة عليه ثمانون درهما لأن أضعاف العشرة ثلاثون فإذا ضمت إلى العشرة كان أربعين فأوجبها مضاعفة فيكون ثمانين (ولو قال دراهم كثيرة) أى لو قال لفلان على دراهم كثيرة (لم يصدق في أقل من عشرة دراهم) هذا لفظ القدوري . قال المصنف (وهذا عند أبي حنيفة وعندهما لم يصدق في أقل من مائتين) وعند الشافعي يصدق في ثلاثة دراهم ولا يصدق

المقر في الفقر والغنى ، فإن القليل عند الفقير عظيم وأضعاف ذلك عند الغنى ليست بعظيمة (ولو قال أموال عظام فالتقدير في ثلاثة نصب من أى نوع سماه اعتبارا لأدنى الجمع ، وإذا قال دراهم كثيرة لم يصدق في أقل من عشرة عند أبي حنيفة ، وفي أقل من مائتي درهم عندهما) وفي أقل من ثلاثة عند الشافعي لأن الكثرة أمر إضافي يصدق بعد الواحد على كل عدد والعرف فيها مختلف ، فكأن

في الشرع انتهى . وفيه نظر ، ولذا لم يذكره الشارح (قوله لأن الكثرة الخ) أقول : قوله لأن الكثرة تعليل لقوله وفي أقل الخ .

لأن صاحب النصاب مكتر حتى وجب عليه مواساة غيره ، بخلاف ما دونه .

في أقل من ذلك ، وكذلك لو قال لفلان على " دنائير كثيرة لم يصدق عند أبي حنيفة في أقل من عشرة دنائير وعندهما في أقل من عشرين مثقالا ، وعند الشافعي في أقل من ثلاثة دنائير ، كذا ذكر الخلاف شيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوطه . وقال القدوري في كتاب التقريب : روى ابن سبعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة مثل قولهما . وجه قول الشافعي أنه وصف الدراهم مثلا بصفة لا يمكن العمل بها وهي الكثرة فيلغو ذكرها ، وذلك لأن إثبات صفة الكثرة لمقدار من المقادير الكثيرة على التعمين غير ممكن ، لا باعتبار الحقيقة ولا باعتبار العرف ولا باعتبار الحكم . أما من حيث الحقيقة فلأن الكثرة أمر إضافي يصدق بعد الواحد على كل عدد . وأما من حيث العرف فلأن الناس متفاوتون في ذلك ، فكم من كثير عند قوم قليل عند الآخرين . وأما من حيث الحكم فلأن حكم الشرع يتعلق تارة بالعشرة عند البعض وبمادونه عند الآخر . كما في نصاب السرقة والمهر ، ويتعلق تارة بالمائتين كما في نصاب الزكاة وحرمة الصدقة ، ويتعلق تارة بأكثر من مائتين كما في الاستطاعة في الحج في الأماكن البعيدة فلم يمكن العمل بها أصلا فإذا تعذر العمل بها لغا ذكرها فيعمل بقوله درهم وينصرف إلى ثلاثة . ووجه قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ما أشار إليه المصنف بقوله (لأن صاحب النصاب) يعني صاحب نصاب الزكاة (مكتر حتى وجب عليه مواساة غيره) بدفع زكاته والتصدق على الفقير (بخلاف مادونه) أي بخلاف مادون النصاب . فإن صاحبه مقل " ولهذا لم يلزمه مواساة غيره . قال صاحب العناية في تقرير دليلهما : وقال أمكن العمل بها : أي بالكثرة حكما لأن في النصاب كثرة حكمة فالعمل به أولى من الإلغاء اهـ . أقول : فيه نظر ، لأن نصاب الزكاة وإن كان له كثرة في ترتب حكم وجوب الزكاة إلا أن نصاب السرقة والمهر وهو العشرة عندنا له أيضا كثرة في ترتب حكم ثبوت قطع اليد واستباحة البضع ، وكذا الأكثر من المائتين مما يحصل به الاستطاعة في الحج من الأماكن البعيدة له كثرة في ترتب حكم وجوب الحج فوق التعارض بين هاتيك الكثرات الحكيمة فلم يمكن العمل بإحداها على التعمين ، فقله لأن في النصاب كثرة حكيمة لا يجدي شيئا وهو ظاهر ، وكذا قوله فالعمل به أولى من الإلغاء ، لأن أولوية العمل به من الإلغاء لا يستلزم أولوية العمل به من العمل بما فيه كثرة أخرى فلا يتم المطلوب . وقال صاحب الغاية في تقرير دليلهما : ولأبي يوسف ومحمد أن العمل بهذه الصفة وإن تعذر من حيث الحقيقة والعرف كما قال الشافعي ، لكن أمكن العمل بها حكما ، ولا يلغى من كلام العاقل ما أمكن تصحيحه ، فيجب حمل الكثرة على الكثرة من حيث الحكم حتى لا تلغو هذه الصفة فصار كأنه قال لفلان على " دراهم كثيرة حكما ، والدراهم الكثيرة حكما من كل وجه مائتا درهم لأنها كثيرة شرعا في حق القطع والمهر وجوب الزكاة وحرمة الصدقة . فأما العشرة إن كانت كثيرة في حق القطع وجواز النكاح ففي حق حرمة الصدقة وجوب الزكاة قليل ، ومطلق الاسم ينصرف إلى الكامل من ذلك الاسم لا إلى الناقص ، وأقل ما ينطلق عليه اسم الكثرة حكما من كل وجه مائتا درهم ، فأما العشرة بين القليل والكثير من حيث الحكم فكان ناقصا من حيث الكثرة حكما انتهى كلامه . أقول : فيه أيضا نظر ، لأن ما بسطه وإن أفاد في الظاهر أولوية حمل الدراهم الكثيرة على المائتين من حملها على العشرة لكن لم يفد أولوية حملها على المائتين من حملها على الأكثر من المائتين مما يترتب عليه حكم وجوب الحج من الأماكن البعيدة كما أدرجه نفسه أيضا في تقرير دليل الشافعي ، بل أفاد أولوية العكس لأن الأكثر من المائتين هو الذي تحقق فيه الكثرة حكما من كل وجه فإنه يكتفى في حق وجوب الحج أيضا من الأماكن البعيدة ، وأما المائتان فهو بين القليل والكثير بالنظر إلى حكم الحج

مستكثر عند قوم قليل عند آخرين ، وحكم الشرع كذلك تارة يتعلق بالعشرة وبأقل منه كما في السرقة والمهر على مذهبه ، وبالمائتين أخرى كالزكاة وجوبا وحرمانا من أخذها ، وبأكثر من ذلك كالاستطاعة في الحج في الأماكن البعيدة فلم يمكن العمل بها أصلا فيعمل بقوله درهم وينصرف إلى ثلاثة ، وقال : أمكن العمل بها حكما لأن في النصاب كثرة حكيمة فالعمل بها أولى

(قوله كما في السرقة والمهر الخ) أقول : كما في السرقة مثال العشرة : يعني على مذهبا . وقوله والمهر نظير الأقل على مذهبه .

وله أن العشرة أقصى ما ينتهي إليه اسم الجمع ، يقال عشرة دراهم ثم يقال أحد عشر درهما فيكون هو الأكثر من حيث اللفظ فينصرف إليه (ولو قال دراهم فهي ثلاثة) لأنها أقل الجمع الصحيح

من الأماكن البعيدة فكان ناقصا من حيث الكثرة حكما فلم يتم المطلوب تأمل (وله) أى ولأبى حنيفة رحمه الله (أن العشرة أقصى ما ينتهي إليه اسم الجمع) أى عند كونه مميزا للعدد (يقال عشرة دراهم ثم يقال أحد عشر درهما) يعنى أن العدد إذا جاوز العشرة يصير مميزه مفردا لاجمعا (فيكون) أى العشرة (هو الأكثر من حيث اللفظ) أى من حيث دلالة اللفظ عليه (فينصرف إليه) لأن العمل بما دل عليه اللفظ إذا كان ممكنا ولم يوجد مانع من الصرف إليه لا يعدل إلى غيره ، كذا في العناية . لا يقال : ينبغي أن يصدق فيما بين الثلاثة والعشرة لأنه كثير . لأننا نقول : لما ذكر الكثرة صار كذكر الجنس فيستغرق اللفظ ما يصلح له ، كذا في غاية البيان . أقول : بقى هاهنا شيء ، وهو أن كون العشرة أقصى ما ينتهي إليه اسم الجمع إنما هو عند اقتران اسم الجمع بالعدد بأن يكون مميزا له كما نهينا عليه آنفا ، لا عند انفراده عنه فإنه يجوز أن يراد بجمع الكثرة حال الانفراد ما فوق العشرة إلى ما لا نهاية له كما لا يخفى على العارف باللغة ، ومسلطنا مفروضة في حال انفراد الدراهم عن ذكر العدد ، فما معنى اعتبار حكم حال الاقتران فيها البتة ؟ قال صدر الشريعة في شرح الوقاية في تعليل قول أبى حنيفة في هذه المسئلة لأن جمع الكثرة أقله عشرة . أقول : ليس ذلك بصحيح . أما أولا فلأن جمع الكثرة أقله أحد عشر لا عشرة على ما تقرر في علم النحو . قال الفاضل الرضى : قالوا : مطلق الجمع على ضربين : قلة ، وكثرة ؛ والمراد بالقليل من الثلاثة إلى العشرة والحدان داخلان ؛ وبالكثير ما فوق العشرة انتهى . وأما ثانيا فلأنه لو كانت علة قول أبى حنيفة في هذه المسئلة كون أقل جمع الكثرة عشرة لزم أن لا يصدق أيضا عنده في أقل من عشرة فيما إذا قال له على دراهم بدون ذكر وصف الكثرة مع أنه يصدق هناك في ثلاثة بالاتفاق كما سيأتى . والأولى في تعليل قول أبى حنيفة في هذه المسئلة ما ذكره صاحب الغاية حيث قال : ولأبى حنيفة أن الكثرة من حيث الحكم غير مذكورة نصا ، وإنما تثبت ضرورة أن لاتصير صفة الكثرة لغوا فإن العمل بها باعتبار الحقيقة والعرف متعلق ، وما ثبت مقتضى صحة الغير يثبت أدنى ما يصح به الغير ، وأدنى ما يثبت به الكثرة من حيث الحكم عشرة دراهم ، فإن القطع متعلق شرعا بالكثير من المال بالقليل على ما روى أنه كان لا يقطع في الشيء التافه ، ثم اعتبر النصاب في حق القطع واستباحة البضع عشرة فيلزمه عشرة انتهى . قال الشيخ أبو نصر البغدادى : والفرق لأبى حنيفة بين قوله دراهم كثيرة وبين قوله مال عظيم أن قوله دراهم كثيرة يفيد العدد لأن الكثرة تكون بزيادة العدد ، فاعتبر الكثرة التى ترجع إلى العدد وقوله مال عظيم لا يتضمن عددا فوجب أن يحمل على المستعظم لامن حيث العدد ، والعظيم في الشرع ما يصير به غنيا فيجب الزكاة فيه فاعتبر ذلك (ولو قال دراهم فهي ثلاثة) هذا لفظ القدورى في مختصره : يعنى لو قال له على دراهم وجب عليه ثلاثة دراهم بالاتفاق . قال المصنف في تعليقه (لأنها أقل الجمع الصحيح) يعنى أن الدراهم جمع وأقل الجمع الصحيح ثلاثة فيلزمه ثلاثة لكونه متيقنا . أقول : فيه بحث لأنه إن كان لفظ الصحيح في قوله لأنه أقل الجمع الصحيح صفة الجمع كما هو المتبادر من ظاهر التركيب . يرد عليه أن الدراهم ليس بجمع صحيح بل هو جمع مكسر فلم يطابق الدليل المدعى ، وإن كان صفة لأقل كما يشعر به قول صاحب الكافي لأنه أدنى الجمع المتفق عليه ، وقول صاحب العناية لأنها أقل الجمع الصحيح الذى لا خلاف فيه بخلاف المثني يتجه عليه

من الإلغاء . وقال أبو حنيفة : الدراهم مميز يقع به تمييز العدد ، وأقصى ما ينتهي إليه اسم الجمع تمييزا هو العشرة ، لأن ما بعده يميز بالمفرد . يقال أحد عشر درهما ومائة وألف درهم فتكون العشرة هو الأكثر من حيث دلالة اللفظ عليه فيصرف إليه ، لأن العمل بما دل عليه اللفظ إذا كان ممكنا ولا مانع من الصرف إليه لا يعدل إلى غيره (ولو قال على دراهم فهي ثلاثة) بالاتفاق لأنها أقل الجمع الصحيح الذى لا خلاف فيه ، بخلاف المثني ، إلا أن يبين أكثر منها لا حتمال اللفظ ، وكونه عليه فلا تهمة ،

(قوله لا يعدل إلى غيره) أقول : خبر إن في قوله لأن العمل بما دل الخ .

لأن صاحب النصاب مكتر حتى وجب عليه مواساة غيره ، بخلاف ما دونه .

في أقل من ذلك ، وكذلك لو قال لفلان على "دنانير كثيرة لم يصدق عند أبي حنيفة في أقل من عشرة دنانير وعندهما في أقل من عشرين مثقالا ، وعند الشافعي في أقل من ثلاثة دنانير ، كذا ذكر الخلاف شيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوطه . وقال القدوري في كتاب التقريب : روى ابن سبابة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة مثل قولهما . وجه قول الشافعي أنه وصف الدراهم مثلا بصفة لا يمكن العمل بها وهي الكثرة فيلغو ذكرها ، وذلك لأن إثبات صفة الكثرة لمقدار من المقادير الكثيرة على التعيين غير ممكن ، لا باعتبار الحقيقة ولا باعتبار العرف ولا باعتبار الحكم . أما من حيث الحقيقة فلأن الكثرة أمر إضافي يصدق بعد الواحد على كل عدد . وأما من حيث العرف فلأن الناس متفاوتون في ذلك ، فكم من كثير عند قوم قليل عند الآخرين . وأما من حيث الحكم فلأن حكم الشرع يتعلق تارة بالعشرة عند البعض وبمادونه عند الآخر كما في نصاب السرقة والمهر ، ويتعلق تارة بالمائتين كما في نصاب الزكاة وحرمة الصدقة ، ويتعلق تارة بأكثر من مائتين كما في الاستطاعة في الحج في الأماكن البعيدة فلم يمكن العمل بها أصلا فإذا تعدل العمل بها لغا ذكرها فيعمل بقوله دراهم وينصرف إلى ثلاثة . ووجه قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ما أشار إليه المصنف بقوله (لأن صاحب النصاب) يعني صاحب نصاب الزكاة (مكتر حتى وجب عليه مواساة غيره) بدفع زكاته والتصدق على الفقير (بخلاف مادونه) أي بخلاف مادون النصاب . فإن صاحبه مقل ولذا لم يلزمه مواساة غيره . قال صاحب العناية في تقرير دليلهما : وقالوا أمكن العمل بها : أي بالكثرة حكما لأن في النصاب كثرة حكمة فالعمل به أولى من الإلغاء اهـ . أقول : فيه نظر ، لأن نصاب الزكاة وإن كان له كثرة في ترتب حكم وجوب الزكاة إلا أن نصاب السرقة والمهر وهو العشرة عندنا له أيضا كثرة في ترتب حكم ثبوت قطع اليد واستباحة البضع ، وكذا الأكثر من المائتين مما يحصل به الاستطاعة في الحج من الأماكن البعيدة له كثرة في ترتب حكم وجوب الحج فوق التعارض بين هاتيك الكثرات الحكيمة فلم يمكن العمل بإحداها على التعيين ، فقوله لأن في النصاب كثرة حكيمة لا يجدى شيئا وهو ظاهر ، وكذا قوله فالعمل به أولى من الإلغاء ، لأن أولوية العمل به من الإلغاء لا يستلزم أولوية العمل به من العمل بما فيه كثرة أخرى فلا يتم المطلوب . وقال صاحب الغاية في تقرير دليلهما : ولأبي يوسف ومحمد أن العمل بهذه الصفة وإن تعدل من حيث الحقيقة والعرف كما قال الشافعي ، لكن أمكن العمل بها حكما ، ولا يلغى من كلام العاقل ما أمكن تصحيحه ، فيجب حمل الكثرة على الكثرة من حيث الحكم حتى لا تلغو هذه الصفة فصار كأنه قال لفلان على "دراهم كثيرة حكما ، والدراهم الكثيرة حكما من كل وجه مائتا درهم لأنها كثيرة شرعا في حق القطع والمهر ووجوب الزكاة وحرمة الصدقة . فأما العشرة إن كانت كثيرة في حق القطع وجواز النكاح ففي حق حرمة الصدقة ووجوب الزكاة قليل ، ومطلق الاسم ينصرف إلى الكامل من ذلك الاسم لا إلى الناقص ، وأقل ما ينطلق عليه اسم الكثرة حكما من كل وجه مائتا درهم ، فأما العشرة بين القليل والكثير من حيث الحكم فكان ناقصا من حيث الكثرة حكما انتهى كلامه . أقول : فيه أيضا نظر ، لأن ما بسطه وإن أفاد في الظاهر أولوية حمل الدراهم الكثيرة على المائتين من حملها على العشرة لكن لم يفد أولوية حملها على المائتين من حملها على الأكثر من المائتين مما يترتب عليه حكم وجوب الحج من الأماكن البعيدة كما أدرجه نفسه أيضا في تقرير دليل الشافعي ، بل أفاد أولوية العكس لأن الأكثر من المائتين هو الذي تحقق فيه الكثرة حكما من كل وجه فإنه كثير في حق وجوب الحج أيضا من الأماكن البعيدة ، وأما المائتان فهو بين القليل والكثير بالنظر إلى حكم الحج

مستكثر عند قوم قليل عند آخرين ، وحكم الشرع كذلك تارة يتعلق بالعشرة وبأقل منه كما في السرقة والمهر على مذهبه ، وبالمائتين أخرى كالزكاة وجوبا وحرمانا من أخذها ، وبأكثر من ذلك كالاستطاعة في الحج في الأماكن البعيدة فلم يمكن العمل بها أصلا فيعمل بقوله دراهم وينصرف إلى ثلاثة . وقالوا : أمكن العمل بها حكما لأن في النصاب كثرة حكيمة فالعمل بها أولى

(قوله كما في السرقة والمهر الخ) أقول : كما في السرقة مثال العشرة : يعنى على مذهبن . وقوله والمهر نظير الأقل على مذهبه .

وله أن العشرة أقصى ما ينتهي إليه اسم الجمع ، يقال عشرة دراهم ثم يقال أحد عشر درهما فيكون هو الأكثر من حيث اللفظ فينصرف إليه (ولو قال دراهم فهي ثلاثة) لأنها أقل الجمع الصحيح

من الأماكن البعيدة فكان ناقصا من حيث الكثرة حكما فلم يتم المطلوب تأمل (وله) أي ولأبي حنيفة رحمه الله (أن العشرة أقصى ما ينتهي إليه اسم الجمع) أي عند كونه ميزا للعدد (يقال عشرة دراهم ثم يقال أحد عشر درهما) يعني أن العدد إذا جاوز العشرة يصير مميزا مفردا لاجتماع (فيكون) أي العشرة (هو الأكثر من حيث اللفظ) أي من حيث دلالة اللفظ عليه (فينصرف إليه) لأن العمل بما دل عليه اللفظ إذا كان ممكنا ولم يوجد مانع من الصرف إليه لا يعدل إلى غيره ، كذا في العناية . لا يقال : ينبغي أن يصدق فيما بين الثلاثة والعشرة لأنه كثير . لأننا نقول : لما ذكر الكثرة صار كذكر الجنس فيستغرق اللفظ ما يصلح له ، كذا في غاية البيان . أقول : بقي هاهنا شيء ، وهو أن كون العشرة أقصى ما ينتهي إليه اسم الجمع إنما هو عند اقتران اسم الجمع بالعدد بأن يكون مميزا له كما نهينا عليه آنفا ، لا عند انفراده عنه فإنه يجوز أن يراد بجمع الكثرة حال الانفراد ما فوق العشرة إلى ما لانهاية له كما لا يخفى على العارف باللغة ، ومثثلتنا مفروضة في حال انفراد الدراهم عن ذكر العدد ، فما معنى اعتبار حكم حال الاقتران فيها البتة ؟ قال صدر الشريعة في شرح الوافية في تعليل قول أبي حنيفة في هذه المسئلة لأن جمع الكثرة أقله عشرة . أقول : ليس ذلك بصحيح . أما أولا فلأن جمع الكثرة أقله أحد عشر لا عشرة على ما تقرر في علم النحو . قال الفاضل الرضوي : قالوا : مطلق الجمع على ضربين : قلة ، وكثرة ؛ والمراد بالقليل من الثلاثة إلى العشرة والحدان داخلان ، وبالكثير ما فوق العشرة انتهى . وأما ثانيا فلأنه لو كانت علة قول أبي حنيفة في هذه المسئلة كون أقل جمع الكثرة عشرة لزم أن لا يصدق أيضا عنده في أقل من عشرة فيما إذا قال له على دراهم بدون ذكر وصف الكثرة مع أنه يصدق هناك في ثلاثة بالاتفاق كما سيأتي . والأولى في تعليل قول أبي حنيفة في هذه المسئلة ما ذكره صاحب الغاية حيث قال : ولأبي حنيفة أن الكثرة من حيث الحكم غير مذكورة نصا ، وإنما تثبت ضرورة أن لاتصير صفة الكثرة لغوا فإن العمل بها باعتبار الحقيقة والعرف متعلق ، وما ثبت مقتضى صحة الغير يثبت أدنى ما يصح به الغير ، وأدنى ما يثبت به الكثرة من حيث الحكم عشرة دراهم ، فإن القطع متعلق شرعا بالكثير من المسال لا بالقليل على ما روى أنه كان لا يقطع في الشيء التافه ، ثم اعتبر النصاب في حق القطع واستباحة البضع عشرة فيلزمه عشرة انتهى . قال الشيخ أبو نصر البغدادى : والفرق لأبي حنيفة بين قوله دراهم كثيرة وبين قوله مال عظيم أن قوله دراهم كثيرة يفيد العدد لأن الكثرة تكون بزيادة العدد ، فاعتبر الكثرة التي ترجع إلى العدد وقوله مال عظيم لاتتضمن عددا فوجب أن يحمل على المستعظم لا من حيث العدد ، والعظيم في الشرع ما يصير به غنيا فيجب الزكاة فيه فاعتبر ذلك (ولو قال دراهم فهي ثلاثة) هذا لفظ القدرورى في مختصره : يعني لو قال له على دراهم وجب عليه ثلاثة دراهم بالاتفاق . قال المصنف في تعليقه (لأنها أقل الجمع الصحيح) يعني أن الدراهم جمع وأقل الجمع الصحيح ثلاثة فيلزمه ثلاثة لكونه متيقنا . أقول : فيه بحث لأنه إن كان لفظ الصحيح في قوله لأنه أقل الجمع الصحيح صفة الجمع كما هو المتبادر من ظاهر التركيب . يرد عليه أن الدراهم ليس بجمع صحيح بل هو جمع مكسر فلم يطابق الدليل المدعى ، وإن كان صفة لأقل كما يشعر به قول صاحب الكافي لأنه أدنى الجمع المتفق عليه ، وقول صاحب العناية لأنها أقل الجمع الصحيح الذى لاخلاف فيه بخلاف المثني يتجه عليه

من الإلغاء . وقال أبو حنيفة : الدراهم مميز يقع به تمييز العدد ، وأقصى ما ينتهي إليه اسم الجمع تمييزا هو العشرة ، لأن ما بعده يميز بالمفرد . يقال أحد عشر درهما ومائة وألف درهم فتكون العشرة هو الأكثر من حيث دلالة اللفظ عليه فيصرف إليه ، لأن العمل بما دل عليه اللفظ إذا كان ممكنا ولا مانع من الصرف إليه لا يعدل إلى غيره (ولو قال على دراهم فهي ثلاثة) بالاتفاق لأنها أقل الجمع الصحيح الذى لاخلاف فيه ، بخلاف المثني ، إلا أن يبين أكثر منها لاحتمال اللفظ ، وكونه عليه فلا تهمة ،

(قوله لا يعدل إلى غيره) أقول : خبر إن في قوله لأن العمل بما دل الخ .

(إلا أن يبين أكثر منها) لأن اللفظ يحتمله وينصرف إلى الوزن المعتاد (ولو قال كذا كذا درهم لم يصدق في أقل من أحد عشر درهما) لأنه ذكر عدددين مبهمين ليس بينهما حرف العطف وأقل ذلك من المفسر أحد عشر (ولو قال كذا وكذا درهم لم يصدق في أقل من أحد وعشرين) لأن ذكر عدددين مبهمين بينهما حرف العطف، وأقل ذلك من المفسر أحد وعشرون فيحمل كل وجه على نظيره

أن كون أقل الجمع ثلاثة إنما هو في جمع القلة دون جمع الكثرة، فإن أقل جمع الكثرة أحد عشر كما مر بيانه آنفاً والدراهم جمع كثرة، إذ قد تقرر في كتب النحو أن جميع أمثلة الجمع المكسر جمع كسرة سوى الأمثلة الأربعة المعروفة وهي أفعل وأفعل وأفعلة وفعله عند الكل، وسوى فعلة كأكلة عند الفراء، وسوى أفعلاء كأصدقاء في نقل التبريزي، ولفظ الدراهم ليس من أحد هاتيك الأمثلة فكان جمع كثرة قطعاً فلم يتم المطلوب. ثم أقول: يمكن الجواب عن ذلك بوجهين على اختيار الشق الثاني من الترديد الأول أن الفاضل الرضي صرح بأن كل جمع تكسير للرباعي الأصلي حروفه مشترك بين القلة والكثرة، ولا شك أن الدراهم من هذا القبيل، فلما اشترك بين القلة والكثرة كان أقله المتيقن هو الثلاثة فتم المطلوب. والثاني أن المحقق التفتازاني قال في التلويح في أوائل مباحث ألفاظ العام بصدد تحقيق ما ذهب إليه أكثر الصحابة والفقهاء وأئمة اللغة من أن أقل الجمع ثلاثة. وأعلم أنهم لم يفرقوا في هذا المقام بين جمعي القلة والكثرة، فدل بظاهره على أن التفرقة بينهما إنما هي في جانب الزيادة: يعني أن جمع القلة يختص بالعشرة فما دونها، وجمع الكثرة غير مختص لأنه يختص بما فوق العشرة، وهذا أوفق بالاستعمالات وإن صرح بخلافه كثير من الثقات، انتهى كلامه. فيجوز أن يكون مدار الدليل المذكور على ما هو الأوفق بالاستعمالات وتقريرات أهل الأصول من كون التفرقة بين جمعي القلة والكثرة في جانب الزيادة لا في جانب النقصان فتدبر (إلا أن يبين أكثر منها) هذا من تنمة كلام القدوري في مختصره: يعني إلا أن يبين المقر أكثر من الثلاثة فحينئذ يلزمه ما بينه. قال المصنف (لأن اللفظ) أى لفظ الجمع (يحتمله) أى يحتمل الأكثر من الثلاثة ولا تهمة فيه لكونه عليه لا له (وينصرف إلى الوزن المعتاد) أى إلى الوزن المتعارف وهو غالب نقد البلد، لأن المطلق من الألفاظ ينصرف إلى المتعارف كما مر في البيوع، ولا يصدق في أقل من ذلك لأنه يريد الرجوع عما اقتضاه كلامه. قال في التحفة: وإن لم يكن فيه شيء متعارف يحمل على وزن سبعة فإنه الوزن المعتبر في الشرع، وهكذا ذكر في العناية. وقال في البدائع: وإن كان الإقرار في بلد يتعاملون فيه بدراهم وزنها ينقص عن وزن سبع يقع إقراره على ذلك الوزن لأنصراف مطلق الكلام إلى المتعارف، حتى لو ادعى وزناً أقل من وزن بلده لا يصدق لأنه يكون رجوعاً، ولو كان في البلد أوزان مختلفة يعتبر فيه الغالب كما في نقد البلد، فإن استوت يحمل على أقل الأوزان لأنه متيقن به والزيادة مشكوك فيها فلا تثبت مع الشك انتهى. أقول: بين المذكورين في التحفة والبدائع في صورة التساوي تفاوت بل تخالف لا يخفى (ولو قال كذا كذا درهم لم يصدق في أقل من أحد عشر درهما) هذا لفظ القدوري في مختصره: يعني لو قال له على كذا كذا درهم لزمه أحد عشر درهما ولم يعتبر قوله في أقل من ذلك. قال المصنف في تعليقه (لأنه) أى المقر (ذكر عدددين مبهمين) أى ذكر لفظين هما كنايةتان عن العدد المبهم (ليس بينهما حرف العطف وأقل ذلك) أى أقل ما كان عدددين ليس بينهما حرف العطف (من المفسر) أى من العدد المفسر: أى المصريح به (أحد عشر) وأكثره تسعة عشر فإنه يقال أحد عشر إلى تسعة عشر فيلزمه الأقل المتيقن من غير بيان والزيادة تقف على بيانه (ولو قال كذا وكذا درهم لم يصدق في أقل من أحد وعشرين) هذا أيضاً لفظ القدوري في مختصره. قال المصنف في تعليقه (لأنه ذكر عدددين مبهمين بينهما حرف العطف، وأقل ذلك من المفسر أحد وعشرون فيحمل كل وجه على نظيره) يعني أن لفظ كذا كناية عن العدد، والأصل وينصرف إلى الوزن المعتاد وهو غالب نقد البلد، فإن لم يكن فيه نقد متعارف حمل على وزن سبعة لكونه معتبراً في الشرع. قال (ولو قال كذا كذا درهم) كذا كناية عن العدد والأصل في استعماله اعتباره بالمفسر، فإله نظير في الأعداد المفسرة حمل على (قال المصنف: لأن اللفظ يحتمله مجازاً) أقول: فيصير كأنه قال فلان على حفظ الألف.

(ولو قال كذا درهما فهو درهم) لأنه تفسير للمبهم

في استعماله باعتباره بالمفسر : أى بالعدد الصريح ، فما له نظير في الأعداد المفسرة يحمل على أقل ما يكون من ذلك النوع لكونه متيقنا ؛ فإذا قال له على " كذا كذا درهما فكأنه قال له على " أحد عشر درهما . وإذا قال له على كذا وكذا درهما فكأنه قال له على " أحد وعشرون درهما (ولو قال كذا درهما فهو درهم) هذه المسئلة ذكرها المصنف تفريعا على مسئلة القدورى ، ولم يذكرها محمد رحمه الله في الأصل : يعنى لو قال له على " كذا درهما فالواجب عليه درهم واحد (لأنه) أى لأن درهما في قوله كذا درهما (تفسير للمبهم) أى تمييز للشئ المبهم وهو كذا لأنه كناية عن العدد المبهم وأقله المتيقن واحد فيحمل عليه ، وذكرت هذه المسئلة في بعض المعترات كالذخيرة والمحيط والتتمة وفتاوى قاضيهان على خلاف ما ذكره المصنف ، فإنه قال في الذخيرة المحيط وفي الجامع الأصغر : إذا قال لفلان على " كذا درهما فعليه درهما ، لأن هذا أقل ما يعد لأن الواحد لا يعد حتى يكون معه شئ آخر . وقال في التتمة وفي الجامع الأصغر : إذا قال كذا دينارا فعليه ديناران ، لأن هذا أقل ما يعد لأن الواحد لا يعد حتى يكون معه شئ آخر . وقال في فتاوى قاضيهان : لو قال لفلان على " كذا دينارا فعليه ديناران ، لأن كذا كناية عن العدد وأقل العدد اثنان انتهى . أقول : فيما ذكر في تلك الكتب نظر ، لأن عدم كون الواحد من العدد إنما هو في اصطلاح الحساب وأما في الوضع واللغة فهو من العدد قطعا ، وعن هذا ترى أئمة اللغة والنحو قاطبة جعلوا أصول العدد اثنتي عشرة كلمة وأحد إلى عشرة ومائة وألف . وقال العلامة الجوهري في صحاحه : الأحد بمعنى الواحد وهو أول العدد انتهى . وقال المحقق الرضى في شرح الكافية : لا خلاف عند النحاة في أن لفظ واحد واثنان من أسماء العدد ، وعند الحساب ليس الواحد من العدد لأن العدد عندهم هو الزائد على الواحد ، ومنع بعضهم أن يكون الاثنان من العدد انتهى . ولا شك أن كون كذا كناية عن العدد ليس بمبنى على اصطلاح الحساب ، بل هو أمر جار على أصل الوضع واللغة ، فكون أقل العدد اثنين عند الحساب لا يقتضى كون الواجب على المقر في المسئلة المذكورة درهمن كما لا يخفى . قال صاحب غاية البيان : كان ينبغي أن يلزمه في هذه المسئلة أحد عشر ، لأنه أول العدد الذى يقع بميزه منصوبا ، وإذا كان كذلك ينبغي أن لا يصدق في درهم والقياس فيه ما قاله في مختصر الأسرار : إذا قال له على " كذا درهما لزمه عشرون ، لأنه ذكر جملة وفسرها بدرهم منصوب ، وذلك يكون من عشرين إلى تسعين فيجب الأقل وهو عشرون لأنه متيقن انتهى كلامه . وقال تاج الشريعة : " فإن قلت : ينبغي أن يجب أحد عشر درهما لأنه أقل عدد يجزئ بميزه منصوبا . قلت : الأصل براءة الذمة فيثبت الأدنى للتيقن انتهى . أقول : جوابه ليس بنام لأن كون الأصل براءة الذمة إنما يقتضى كون الثابت أدنى ما يتحمله لفظ المقر دون الأدنى مطلقا كما لا يخفى . ومعنى السؤال أن أدنى ما يتحمله لفظ المقر في هذه المسئلة إنما هو أحد عشر بدلالة كون المميز منصوبا ، فينبغي أن يكون الواجب عليه أحد عشر درهما ، وما ذكر في الجواب لا يدفعه قطعا . ثم أقول : الحق في الجواب أن يقال إن قوله كذا درهما وإن كان نظير الأحد عشر درهما في كون المميز منصوبا لكن ليس بنظير له في نفس ما يميزه المنصوب ، لأن أحد عشر عدد مركب ولفظ كذا ليس بمركب فإذا لم يكن نفس كذا نظيرا لنفس أحد عشر لم يفد الاشتراك في مجرد كون ميمزهما منصوبا ، وهذا أمر لا ستره به . قال في الاختيار شرح المختار : وقيل يلزمه عشرون وهو القياس ، لأن كذا يذكر للعدد عرفا ، وأقل عدد غير مركب يذكر بعده الدرهم بالنصب عشرون انتهى . وذكره الإمام الزيلعي في شرح الكنز نقلا عنه . وقال صاحب معراج الدراية : وما نقله ابن قدامة في المغنى وصاحب الحلية عن محمد أنه ذكر إذا قال كذا درهما لزمه عشرون لأنه أقل عدد يفسره الواحد المنصوب خلاف ما ذكر في الهداية والذخيرة والتتمة وفتاوى قاضيهان كما ذكرنا ، ولم أجده في الكتب المشهورة لأصحابنا اه كلامه . أقول : كأنه لم يرا ذكره في مختصر الأسرار وشرح المختار أو لم يعد هما من الكتب المشهورة لأصحابنا ، أو أراد أنه لم يجده منقولا عن محمد في الكتب المشهورة لأصحابنا : ثم إن التعليل المذكور في المنقول المزبور وهو قوله لأنه أقل عدد يفسره الواحد المنصوب

أقل ما يكون من ذلك النوع ، وما ليس له ذلك بطل ، فإذا قال كذا درهما كان كما إذا قال له على " درهم ، وإذا قال كذا كذا

(ولوثلث كذا بغير واو فأحد عشر) لأنه لا نظير له سواه (وإن ثلث بالواو فائة وأحد وعشرون ، وإن ربع / يزداد عليها ألف) لأن ذلك نظيره . قال (وإن قال له على" أو قبلى فقد أقر بالدين) لأن «على» صيغة إيجاب ،

قاصر في الظاهر ، لأن أقل عدد يفسره الواحد المنصوب إنما هو أحد عشر دون عشرين ، فكان مراده أنه أقل عدد غير مركب يفسره الواحد كما صرح به في غيره وإن لم يكن لفظه مساعدا له . قال المصنف (ولو ثلث كذا بغير واو) أى لو ذكر لفظة كذا ثلاث مرات بغير واو فقال كذا كذا كذا درهما (فأحد عشر) أى فالذى يلزمه أحد عشر درهما لا غير (لأنه لا نظير له سواه) أى لا نظير له في الأعداد الصريحة سوى أحد عشر : يعنى سوى ما كان أقله أحد عشر فيحمل الاثنان من تلك الثلاثة على أحد عشر لكونهما نظيرى عددتين صريحين ليس بينهما حرف العطف وأقل ذلك أحد عشر ، ويحمل الواحد منهما على التكرير والتأكيد ضرورة عدم ثلاثة أعداد مجتمعة ذكرت بلا عاطف ، كذا قالوا (وإن ثلث بالواو) بأن قال كذا وكذا وكذا (فائة وأحد وعشرون) أى فالذى يلزمه هذا المقدار (وإن ربع) بأن قال كذا وكذا وكذا وكذا (يزداد عليها) أى على مائة وأحد وعشرون (ألف) فيلزمه ألف ومائة وأحد وعشرون (لأن ذلك نظيره) أى لأن العدد الذى ذكرناه أنه يلزم في صورتى التثليث والتربيع نظير ما ذكره المقر في تينك الصورتين : أى أقل ما كان نظيرا له فحينئذ يكون قوله لأن ذلك نظيره تعليلا لمجموع الصورتين كما هو الظاهر من عدم ذكر التعليل في صورة التثليث وتأخيرها إلى هنا ، ويحتمل أن يكون ذلك تعليلا لقريبة : أعنى صورة التربيع ويكون تعليل صورة التثليث متروكا لانفهامه بما ذكره في غير ها كما يشعر به تحرير صاحب الكافي حيث قال ولو قال كذا وكذا وكذا درهما فائة وأحد وعشرون لأنه أقل ما يعبر عنه بثلاثة أعداد مع العاطف ، ولوربع يزداد عليها الألف لأن ذا نظيره انتهى . قال الإمام الزليعى في التبيين : ولو خمس بالواو ينبغى أن يزداد عشرة آلاف ، ولو سدس يزداد مائة ألف ، ولو سبع يزداد ألف ألف ، وعلى هذا كلما زاد عددا معطوفا بالواو زيد عليه ما جرت العادة به إلى ما لا يتناهى انتهى . وقال شيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوطه : هذا كله إذا قال بالنصب فأما إذا قال درهم بالخفض بأن قال كذا درهم يلزمه مائة درهم . وقال : هكذا روى عن محمد لأنه ذكر عددا مبهما مرة واحدة ، وذكر الدرهم عقيبه بالخفض فيعتبر بعدد واحد مصرح يستقيم ذكر الدرهم عقيبه بالخفض ، وأقل ذلك مائة درهم ، وإن قال كذا كذا درهم يلزمه ثلاثمائة درهم لأنه ذكر عددتين مبهمين ولم يذكر بينهما واو العطف ، وذكر الدراهم عقيبهما بالخفض ، وأقل ذلك من العدد المصرح ثلاثمائة لأن ثلاثا عدد ومائة عدد وليس بينهما عرف العطف ، ويستقيم ذكر الدرهم بالخفض عقيبهما انتهى كلامه . وقال الإمام علاء الدين الإسيجاني في شرح الكافي للحاكم الشهيد : وإذا أقر أن فلان عليه كذا كذا درهما وكذا كذا دينار افعليه من كل واحد منهما أحد عشر ، لأنه لو أفرد كل واحد منهما في الذكر لزمه أحد عشر ، فكذلك إذا جمع بينهما يلزمه من كل واحد أحد عشر . ولو قال له على" كذا كذا دينار ودرهما كان عليه أحد عشر منهما جميعا ، وكيف يقسم القياس أن يكون خمسة ونصف من الدراهم وخمسة ونصف من الدنانير ، إلا أنا نقول : لو فعلنا ذلك أدنى إلى الكسر ، وليس في لفظه ما يدل على الكسر فيجعل ستة من الدراهم وخمسة من الدنانير . فإن قيل : هلا جعلت ستة من الدنانير وخمسة من الدراهم ؟ قلنا : لأن الدراهم أقل مالية من الدنانير فصرناه إليها احتياطا ، إلى ها هنا كلامه (قال) أى قال محمد في الأصل (وإن قال له على" أو قبلى فقد أقر بالدين) لم يذكر محمد هذه المسئلة في الجامع الصغير وإنما ذكرها في الأصل . أما وجه كونه مقرا بالدين في قوله له على" فإشار إليه المصنف بقوله (لأن على" صيغة إيجاب) تقريره أن على" كلمة خاصة للإخبار عن الواجب في الذمة واشتقاقها من العلو ، وإنما يعلوه إذا كان دينا في ذمته لا يبعد بدا من قضائه ليخرج عنه ، كذا في النهاية . وتقرير آخر أن الدين وإن لم يذكر صريحا في قوله له على" فقد ذكر اقتضاء ، لأن كلمة على تستعمل في الإيجاب ، قال الله تعالى - والله على الناس حج البيت - ومحل الإيجاب الذمة ،

درهما كان أحد عشر ، وإن ثلث بغير واو لم يزد على ذلك لعلم النظر ، وإذا قال كذا وكذا كان أحدا وعشرين ، وإن ثلث بالواو كان مائة وأحدا وعشرين ، وإن ربع يزداد ألف ، ولو قال له على" أو قبلى فهو إقرار بالدين لأن على" للإيجاب ، وقبلى

وقبلى ينبيء عن الضمان على مامر في الكفالة (ولو قال المقر هو وديعة ووصل صدق) لأن اللفظ يحتمله مجازا حيث يكون المضمون عليه حفظه والمال محله فيصدق موصولا لا مفصولا . قال رحمه الله : وفي نسخ المختصر في قوله قبلى إنه إقرار بالأمانة لأن اللفظ ينتظمهما حتى صار قوله لاحق لى قبل فلان إبراء عن الدين والأمانة جميعا ، والأمانة أقلهما والأول أصح .

والثابت في الدمة الدين لا العين فصار مقرا بالدين لا العين ، كذا في غاية البيان ، وذكر في النهاية أيضا نقلا عن الإمام المحبوبي : وأما وجه كونه مقرا بالدين في قوله له قبلى فما أشار إليه بقوله (وقبلى ينبيء عن الضمان) لأن هذا عبارة عن اللزوم ؛ ألا يرى أن الصك الذي هو حجة الدين يسمى قبالة وأن الكفيل يسمى قبيل لأله ضامن للمال ، كذا في النهاية نقلا عن المبسوط (على مامر في الكفالة) من أنه تنعقد الكفالة بقوله أنا قبيل لأن القبيل هو الكفيل . أقول : هاهنا نظر ؛ وهو أن كون القبيل بمعنى الكفيل ، وتضمنه معنى الضمان . لا يقتضى كون قبلى منبثا عن الضمان لأن كلمة قبل غير كلمة القبيل ، ولم يذكر في كتب اللغة مجيء الأولى بمعنى الثانية قط ، بل الذي ذكره أئمة اللغة في كتبهم هو أن قبل فلان بمعنى عنده ، وأن قبلا بمعنى مقابلة وعيانا ، وأنه يجيء قبل بمعنى طاقة فلانهم قالوا رأيته قبلا : أى مقابلة وعيانا قال الله تعالى - وأبأيتهم العذاب قبلا - أى عيانا ولقبى فلان حق أى عنده ومال به قبل أى طاقة ، وأما استعمال كلمة قبل في معنى الضمان فلم يسمع منهم قط . والحاصل أن كتب اللغة غير مساعدة لهذه الرواية في هاتيك المسئلة فتأمل (ولو قال المقر) في قوله على أو قبلى (هو وديعة ووصل) أى ووصل قوله على أو قبلى بقوله هو وديعة (صدق لأن اللفظ يحتمله) أى يحتمل ما قاله (مجازا) أى من حيث المجاز (حيث يكون المضمون عليه حفظه) أى حفظ المودع ، فإن المودع ملتزم بحفظ الوديعة (والمال محله) أى محل الحفظ فقد ذكر المحلل وهو مال الوديعة وأراد الحال وهو حفظه فجاء مجازا كما في قولهم نهر جار لكنه تغيير عن وضعه (فيصدق موصولا لا مفصولا) لأنه صار بيان تغيير وبيان التغيير يقبل موصولا لا مفصولا كما في الاستثناء (قال) أى المصنف رحمه الله عنه (وفي نسخ المختصر) يعنى مختصر القدورى (في قوله قبلى) أى وقع في قول المقر قبلى (أنه إقرار بالأمانة لأن اللفظ ينتظمهما) أى ينتظم الدين والأمانة (حتى صار قوله) أى قول القائل (لاحق لى قبل فلان إبراء عن الدين والأمانة جميعا) نص عليه محمد رحمه الله في الأصل حيث قال : إذا قال لاحق له على فلان برئ فلان مما هو مضمون عليه ، وإن قال لاحق لاحق عنده فهو برئ مما أصله الأمانة ، وإن قال لاحق لى قبل فلان برئ مما عليه ومما عنده لأن ما عنده قبله وما عليه قبله انتهى (والأمانة أقلهما) هذا تنمة الدليل : يعنى أن الأمانة أقل الدين والأمانة فيحمل قول المقر عليها لكونها الأدنى المتيقن . قال المصنف (والأول أصح) أى ما ذكر في الأصل هو الأصح قال في الكافي : والأول المذكور في المبسوط وهو الأصح ، لأن استعماله في الديون أغلب وأكثر فكان العمل عليه أحرى وأجدر . وقال في معراج الدراية : والأول وهو أنه إقرار بالدين أصح ، ذكره في المبسوط ، وعلل بأن استعماله في الدين أغلب وأكثر فكان الحمل عليه أولى انتهى . أقول : لقائل أن يقول : ينتقض هذا التعليل بما إذا قال لاحق لى قبل فلان فإنه لم يحمل هناك على الدين خاصة ، بل جعل إبراء عن الدين والأمانة جميعا بالاتفاق مع جريان هذا التعليل هناك أيضا . ثم أقول : يمكن

ينبيء عن الضمان على مامر في الكفالة ، ولو وصل المقر فيهما بقوله وديعة صدق ويكون مجازا لإيجاب حفظ المضمون والمال محله لكنه تغيير عن وضعه فيصدق موصولا لا مفصولا (قال المصنف : وفي نسخ المختصر) يعنى مختصر القدورى في قوله قبلى (إنه إقرار بأمانة لأن اللفظ ينتظمهما) حتى صار قوله لاحق لى قبل فلان إبراء عن الدين والأمانة جميعا . والأمانة أقلهما فيحمل عليها ، وكان قياس ترتيب وضع المسئلة أن يذكر ما ذكره القدورى ثم يذكر ما ذكر في الأصل لأن الهداية تشرح مسائل الجامع الصغير والقدورى ، إلا أن المذكور في الأصل هو الأصح فقدمه في الذكر ، ولو قال عندى أو معى أو يدي

(قوله بقوله وديعة) أقول : قوله وديعة بالنسب أو الرفع معا (قوله لإيجاب حفظ المضمون) أقول : أى الذى من شأنه الضمان وهو المال (قوله والمال محله) أقول : فيكون من ذكر المحلل وإزادة الحال ، والتفسير في قوله محله راجع إلى قوله حفظ المضمون .

(ولو قال عندى أو معى أو فى بيتى أو فى كيسى أو فى صندوق فهو إقرار بأمانة فى يده) لأن كل ذلك إقرار بكون الشئ فى يده وذلك يتنوع إلى مضمون وأمانة فيثبت أقلهما وهو الأمانة (ولو قال له رجل لى عليك ألف فقال اتزنها أو انتقدها أو أجلنى بها أو قد قضيتكها فهو إقرار)

دفع ذلك بإمكان الفرق بين المستلثين بأن إحداها صورة الإثبات ، ولما لم يتيسر جمع إثبات الدين وإثبات الأمانة فى شئ واحد حمل على ما هو الأرجح منهما فى هذه الصورة ، وأما الأخرى فصورة النفى ، ولما تيسر جمع نفي الدين ونفي الأمانة عن شئ واحد حمل على نفيهما معا فى تلك الصورة. ويؤيد هذا الفرق ما ذكره المصنف فى باب الوصية للأقارب وغيرهم من كتاب الوصايا حيث قال : ومن أوصى لمواليه وله موال أعنتهم ومواله أعنته فالوصية باطلة. ثم قال : ولنا أن الجهة مختلفة لأن أحدهما مولى النعمة والآخر منعم عليه فصار مشتركا فلم ينظمهما لفظ واحد فى موضع الإثبات ، بخلاف ما إذا حلف لا يكلم مولى فلان حيث يتناول الأعلى والأسفل لأنه مقام النفى ولا تنافى فيه انتهى كلامه . واعلم أنه كان قياس ترتيب وضع المسئلة أن يذكر أولا ما ذكره القدورى ثم يذكر ما ذكر فى الأصل ، لأن الهداية شرح البداية التى تجمع مسائل الجامع الصغير ومختصر القدورى والزوائد عليها مذكورة على سبيل التفريع ، إلا أن المصنف لما رأى الكلام المذكور فى الأصل هو الأصح قدمه فى الذكر ، ولهذا لم يذكر فى البداية غير ما ذكر فى الأصل (ولو قال عندى أو معى أو فى بيتى أو فى كيسى أو فى صندوق فهو إقرار بأمانة فى يده) وهذه كلها من مسائل الأصل . قال المصنف فى تعليلها (لأن كل ذلك إقرار بكون الشئ فى يده) لافى ذمته (وذلك) أى ما كان فى يده (يتنوع إلى مضمون وأمانة فيثبت أقلهما) وهو الأمانة . توضيحه أن هذه المواضع محل للعين لا للدين ، إذ الدين محله الذمة والعين يحتمل أن تكون مضمونة وأمانة والأمانة أدناها فحمل عليها للتيقن بها ، وهذا لأن كلمة عند القرب ومع للقران وما عداها لمكان معين فيكون من خصائص العين ، ولا يحتمل الدين لاستحالة كونه فى هذه الأماكن ، فإذا كانت من خصائص العين تعينت الأمانة لما ذكرنا ، ولأن هذه الكلمات فى العرف والعادة تستعمل فى الأمانات ومطلق الكلام يحمل على العرف ، كذا فى التبيين . فإن قلت : يشكل هذا بما إذا قال له قبل مائة درهم دين وديعة أو وديعة دين فإنه إقرار بالدين لا بالأمانة مع أن الأمانة أقلهما . قلت : تنوع اللفظ إلى الضمان والأمانة فيما فيه نحن إنما نشأ من لفظ واحد ، وفى تلك المسئلة من لفظين ، والأصل أن أحد اللفظين إذا كان للأمانة والآخر للدين فإذا جمع بينهما فى الإقرار ترجح الدين ، كذا فى المبسوط . قال فى النهاية بعد نقل هذا عن المبسوط : وهذا المعنى وهو أن استعارة اللفظ الذى يوجب الدين لما يوجب الأمانة ممكن لا على العكس لأنه حينئذ يلزم استعارة الأدنى للأعلى ، وذلك لا يصح كما لا يصح استعارة لفظ الطلاق للعتاق ، وأما فى الأول فكان فيه استعارة الأعلى للأدنى وهو صحيح كاستعارة العتق للطلاق ، والاستعارة إنما تصح فى اللفظين لا فى اللفظ الواحد المحتمل للشئين ، بل إنما ينظر فيه إلى ما هو الأعلى المحتمل والأدنى المتيقن فيحمل على الأدنى المتيقن لشوته يقينا انتهى . (ولو قال له رجل لى عليك ألف فقال اتزنها أو انتقدها أو أجلنى بها أو قد قضيتكها فهو إقرار) هذا كله لفظ القدورى

أو فى بيتى أو فى كيسى أو صندوق فهو إقرار بأمانة فى يده ، لأن كل ذلك إقرار بكون الشئ فى يده واليد تنوع إلى أمانة وضمان فيثبت أقلهما وهو الأمانة. ونوقض بما إذا قال له قبل مائة درهم دين وديعة أو وديعة دين فإنه دين ولم يثبت أقلهما وهو الأمانة . وأجيب بأنه ذكر لفظين أحدهما يوجب الدين والآخر يوجب الوديعة والجمع بينهما غير ممكن وإلهامهما لا يجوز ، وحمل الدين على الوديعة حمل للأعلى على الأدنى وهو لا يجوز ، لأن الشئ لا يكون تابعا لما دونه فتمين العكس . ولو قال لرجل لى عليك ألف درهم فقال اتزنها أو انتقدها أو أجلنى بها أو قد قضيتكها كان إقرارا بالمدعى ، لأن ماخرج جوابا إذا لم

(قوله وحمل الدين على الوديعة الخ) أقول : وفيه بحث ، والأولى أن يقال : إن حمل الدين على الوديعة لزم ارتكاب مجازين ، فإن قوله قبل إقرار بالدين ، بخلاف العكس فليتأمل (قال المصنف : ولو قال له رجل لى عليك ألف فقال اتزنها) أقول : الألف مذكر وتأنث الضمير يأوئل الجملة ، وفى القاموس : الألف من العدد مذكر ، ولو أنث باعتبار الدراهم جاز (قوله إذا لم

لأن الهاء في الأول والثاني كناية عن المذكور في الدعوى ، فكأنه قال : اتزن الألف التي لك على ، حتى لو لم يذكر حرف الكناية لا يكون إقرارا لعدم انصرافه إلى المذكور ، والتأجيل إنما يكون في حق واجب ، والقضاء يتلو الوجوب ودعوى الإبراء كالقضاء لنا بينا ، وكذا دعوى الصدقة والهبة لأن التملك يقتضى سابقة الوجوب ، وكذا لو قال أحلتك بها على فلان

في مختصره : يعنى أن ما ذكره المحجب في هذه الصور كلها يكون إقرارا بالمدعى ، لأن ما خرج جوابا إذا لم يكن كلاما مستقلا كان راجعا إلى المذكور أولا فكأنه أعاده بصريح لفظه ، فلما قرن كلامه في الأول والثاني بالكناية رجع إلى المذكور في الدعوى وإليه أشار المصنف بقوله (لأن الهاء في الأول والثاني) أى في قوله اتزنها وفي قوله انتقدها كناية عن المذكور في الدعوى فكأنه قال (في الأول) اتزن الألف التي لك على (وفي الثاني انتقد الألف التي لك على) فصار كما لو أجاب بنعم لكونه غير مستقل بنفسه وقد أخرجه مخرج الجواب (حتى لو لم يذكر حرف الكناية) يعنى الهاء (لا يكون) كلامه (إقرارا) بالمدعى (لعدم انصرافه) أى لعدم انصراف كلامه (إلى المذكور) أى إلى المذكور في الدعوى لكونه مستقلا بنفسه ، فكأنه قال : اقعد وزانا للناس أو نقادا لهم دراهمهم واكتب المال ولا تؤذنى بالدعوى الباطلة (والتأجيل إنما يكون في حق واجب) هذا إشارة إلى تعليل كون قوله أجلي بها إقرارا ، يعنى أن التأجيل إنما يكون في حق واجب لأنه للترفيه فافتضى ذلك أن يكون طلب التأجيل إقرارا بحق واجب (والقضاء يتلو الوجوب) أى يتبع الوجوب هذا إشارة إلى تعليل كون قوله قد قضيتها إقرارا : يعنى أن القضاء يقتضى سبق الوجوب لأنه تسليم مثل الواجب فلا يتصور بدونه ، فلما ادعى قضاء الألف صار مقرا بوجوبها (ودعوى الإبراء) بأن قال أبرأتني منها (كالقضاء) أى كدعوى القضاء (لمسا بينا) أشار به إلى قوله والقضاء يتلو الوجوب : يعنى أن الإبراء أيضا يتلو الوجوب لأن الإبراء إسقاط ، وهذا إنما يكون في مال واجب عليه ، كذا في الكافي . أقول : هاهنا إشكال ، وهو أنه قد أطبقت كلمة الفقهاء في كتاب الإقرار على أن قول المدعى عليه بالألف للمدعى قد قضيتها أو أبرأتني منها إقرار بوجوب الألف عليه . وقالوا في تعليل هذا : إن القضاء يتلو الوجوب ، فكذا الإبراء يتلو . وقد صرحوا في كتاب الدعوى في أكثر المعبرات وفي مسائل شتى من كتاب القضاء في الهداية والوقاية بأن المدعى عليه بالألف لو قال للمدعى ليس لك على شيء قط أو ما كان لك على شيء قط ثم ادعى قضاء تلك الألف للمدعى ، أو ادعى إبراء المدعى إياه من تلك الألف وأقام بيته على ذلك سمعت دعواه وقبلت بينته عند أصحابنا سوى زفر ، وقالوا في تعليل ذلك : إن التوفيق ممكن لأن غير الحق قد يقضى ويرأ منه دفعا للخصومة ، حتى قال المصنف هناك : ألا ترى أنه يقال قضى بباطل وقد يصلح على شيء فيثبت ثم يقضى ، ولم يعتبروا قول زفر هناك القضاء يتلو الوجوب ، وكذا الإبراء ، وقد أنكره فيكون مناقضا فكان بين كلامهم المقررين في المقامين تدافع لا يخفى فتدبر (وكذا دعوى الصدقة والهبة) يعنى لو قال تصدقت بها على أو وهبتها لي كان ذلك أيضا إقرارا منه (لأن التملك يقتضى سابقة الوجوب) يعنى أن الصدقة والهبة من قبيل التملك ، فدعوى الصدقة والهبة دعوى التملك منه وإذا لا يكون إلا بعد وجوب المال في ذمته كما لا يخفى (وكذا لو قال أحلتك بها على فلان) أى كان هذا القول منه أيضا

لم يكن كلاما مستقلا كان راجعا إلى المذكور أولا ، فكأنه أعاده بصريح لفظه ، فلما قرن كلامه في الأولين بالكناية رجع إلى المذكور في الدعوى ، وكأنه قال : اتزن الألف التي لك على كما لو أجاب بنعم لكونه غير مستقل ، حتى لو لم يذكر حرف الكناية لا يكون إقرارا لعدم انصرافه إلى المذكور لكونه مستقلا ، فكأنه قال : اقعد وزانا للناس واكتب المال واترك الدعوى الباطلة ، أو نقادا وانتقد للناس دراهمهم . وأما في قوله أجلي فلأن التأجيل إنما يكون في حق واجب . وأما في قد قضيتها فإن القضاء يتلو الوجوب ، ودعوى الإبراء كدعوى القضاء لأنه يتلو الوجوب ، وكذلك دعوى الصدقة والهبة : يعنى لو قال تصدقت بها على أو وهبتها لي كان إقرارا لأنه دعوى التملك وذلك يقتضى سابقة الوجوب ، وإذا قال له على ألف درهم إلى سنة وقال

لم يكن كلاما مستقلا) أقول : بأن يشمل على التفسير مثلا .

لأنه تحويل الدين . قال (ومن أقرّ بدين مؤجل فصدقه المقرّ له في الدين وكذبه في التأجيل لزمه الدين حالا) لأنه أقرّ على نفسه بمال وادعى حقا لنفسه فيه فصار كما إذا أقرّ بعبد في يده وادعى الإجارة ، بخلاف الإقرار بالدرهم السود لأنه صفة فيه وقد مرت المسئلة في الكفالة . قال (ويستحلف المقرّ له على الأجل) لأنه منكر حقا عليه واليمين على المنكر (وإن قال له على مائة ودرهم لزمه كلها دراهم .

إقرارا (لأنه تحويل الدين) من ذمة إلى ذمة ، وإذا لا يكون بدون الوجوب ، وكذا لو قال والله لأقضيكمها اليوم أو لا أترنها لك اليوم لأنه نفي القضاء والوزن في وقت بعينه ، وذلك لا يكون إلا بعد وجوب أصل المال عليه ، فأما إذا لم يكن أصل المال واجبا عليه فالقضاء يكون منتفيا أبدا فلا يحتاج إلى تأكيد نفي القضاء باليمين لأنه في نفسه منتف ، كذا في المبسوط . ولو قيل له هل عليك لفلان كذا فأوما برأسه بنعم لا يكون إقرارا ، لأن الإشارة من الآخرس قائمة مقام الكلام لا من غيره ، كذا في الكافي وغيره (قال) أي القدوري في مختصره (ومن أقرّ بدين مؤجل فصدقه المقرّ له في الدين وكذبه في التأجيل لزمه الدين حالا) هذا عندنا ، وقال الشافعي : لزمه الدين مؤجلا لأنه أقرّ بمال موصوف بأنه مؤجل إلى وقت فيلزمه بالوصف الذي أقرّ به ، وهذا ليس بشيء لأن الأجل حق لمن عليه المال فكيف يكون صفة للمال الذي هو حق الدائن ولكنه مؤخر للمطالبة إلى مضيه ، فكان دعواه الأجل كدعواه الإبراء ، كذا ذكر في باب الاستثناء من المبسوط . قال المصنف في تعليل قول أصحابنا (لأنه) أي لأن المقر بدين مؤجل (أقرّ على نفسه بمال وادعى حقا لنفسه فيه) أي في ذلك المال فيصدق في الإقرار بلا حجة دون الدعوى (فصار) أي فصار المقرّ في هذه الصورة (كما إذا أقرّ) لغيره (بعبد في يده) أي بعبد كائن في يد نفسه بأنه ملك ذلك الغير (وادعى الإجارة) أي ادعى أنه استأجر هذا العبد من صاحبه فصدقه المقرّ له في الملك دون الإجارة فإنه لا يصدق هناك في دعوى الإجارة ، فكذا هاهنا في دعوى الأجل (بخلاف الإقرار بالدرهم السود) أي بخلاف مالو أقرّ بالدرهم السود فصدقه في المقرّ له بالدرهم دون وصف السواد حيث يلزمه الدرهم السود دون البيض (لأنه) أي لأن السواد (صفة فيه) أي في الدرهم أو فيما أقرّ به فيلزمه ما أقرّ به على الصفة التي أقرّ بها ، وأما الأجل فليس بصفة في الديون الواجبة بغير عقد الكفالة كالقروض وثمن البياعات والمهر وقيم المتلفات ، بل الأجل فيها أمر عارض ولهذا لا يثبت بلا شرط ، والقول لمنكر العارض وقد أشار إليه بقوله (وقد مرت المسئلة في الكفالة) فإنه قال في فصل الضمان من كتاب الكفالة ومن قال لآخر لك على مائة إلى شهر فقال المقرّ له هي حالة فالقول قول المدعى ، وإن قال ضمنت لك عن فلان مائة إلى شهر وقال المقرّ له هي حالة فالقول قول الضامن . وقال : وجه الفرق أن المقرّ أقرّ بالدين ثم ادعى حقا لنفسه وهو تأخير المطالبة إلى أجل ، وفي الكفالة ما أقرّ بالدين فإنه لا دين عليه في الصحيح إنما أقرّ بمجرد المطالبة بعد الشهر ، ولأن الأجل في الديون عارض حتى لا يثبت إلا بالشرط فكان القول قول من أنكر الشرط كما في الخيار ، أما الأجل في الكفالة نوع حتى يثبت من غير شرط بأن كان مؤجلا على الأصيل انتهى (قال) أي القدوري في مختصره (ويستحلف المقرّ له) أي يستحلف المقرّ له في مسئلتنا هذه (على الأجل) أي على إنكار الأجل (لأنه منكر حقا عليه) فإن المقرّ يدعى عليه التأجيل وهو ينكر ذلك (واليمين على المنكر) بالحديث المشهور . قال في النهاية : وفي الذخيرة في الفصل الأول من كتاب الإقرار ، ولا يبطل الإقرار بالحلف حتى أن من أقرّ لرجل ثم أنكر فاستحلفه القاضي فحلف ثم أقام الطالب بينة على إقراره قضى له بالمقرّبه (وإن قال له على مائة ودرهم لزمه كلها دراهم) وكذا لو قال مائة ودرهمان أو مائة وثلاثة

المقرّ له بل هي حالة فالقول للمقرّ له لأن المقرّ أقرّ على نفسه مالا وادعى حقا لنفسه فيه فلا يصدق ، كما إذا أقرّ بعبد في يده لغيره وادعى لا يصدق في دعوى الإجارة ، بخلاف ما إذا أقرّ بدين مؤجل فصدقه المقرّ له في الدين وكذبه في التأجيل لزمه الدين حالا (لأنه منكر حقا عليه) أي منكر حقا عليه (ويستحلف المقرّ له) أي يستحلف المقرّ له في مسئلتنا هذه (على الأجل) أي على إنكار الأجل (لأنه منكر حقا عليه) فإن المقرّ يدعى عليه التأجيل وهو ينكر ذلك (واليمين على المنكر) بالحديث المشهور . قال في النهاية : وفي الذخيرة في الفصل الأول من كتاب الإقرار ، ولا يبطل الإقرار بالحلف حتى أن من أقرّ لرجل ثم أنكر فاستحلفه القاضي فحلف ثم أقام الطالب بينة على إقراره قضى له بالمقرّبه (وإن قال له على مائة ودرهم لزمه كلها دراهم) وكذا لو قال مائة ودرهمان أو مائة وثلاثة

ولو قال مائة وثوب لزمه ثوب واحد ، والمرجع في تفسير المائة إليه) وهو القياس في الأول ، وبه قال الشافعي لأن المائة مبهمه والدرهم معطوف عليها بالواو العاطفة لاتفسيرا لها فبقيت المائة على إبهامها كما في الفصل الثاني . وجه الاستحسان وهو الفرق أنهم استثقلوا تكرار الدرهم في كل عدد واكتفوا بذكره عقيب العددين . وهذا فيما يكثر استعماله وذلك عند كثرة الوجوب بكثرة أسبابه وذلك في الدراهم والدنانير والمكيل والموزون ، أما الثياب وما لا يكال ولا يوزن فلا يكثر وجوبها فبقى على الحقيقة .

دراهم ذكره الإمام قاضيخان حيث قال في فتاواه : ولو قال له على ألف ودرهم أو على ألف ودرهمان أو ألف وثلاثة دراهم كان الكل دراهم انتهى (ولو قال مائة وثوب) أي ولو قال له على مائة وثوب (لزمه ثوب واحد ، والمرجع في تفسير المائة إليه) أي إلى المقر . قال المصنف (وهو القياس في الأول) يعني أن لزوم درهم واحد والرجوع في تفسير المائة إلى المقر هو القياس في الفصل الأول أيضا وهو قوله له على مائة ودرهم ونظائره (وبه قال الشافعي) أي وبالقياس أخذ الشافعي في هذا الفصل أيضا (لأن المائة مبهمه والدرهم معطوف عليها) أي على المائة (بالواو العاطفة لاتفسيرا لها) لأن العطف لم يوضع للبيان بل هو يقتضي المغايرة بين المعطوف والمعطوف عليه (فبقيت المائة على إبهامها كما في الفصل الثاني) وهو قوله له على مائة وتوب ونحو ذلك فلا بد من المصير إلى البيان ، ولكن ، علماؤنا رحمهم الله تعالى فرقوا بين الفضلين وأخذوا بالاستحسان في الدراهم والدنانير والمكيل والموزون فجعلوا المعطوف عليه من جنس المعطوف فيما إذا قال له على مائة ودرهم أو مائة ودينار أو مائة وقفيز حنطة أو مائة ومن زعفران . قال المصنف (وجه الاستحسان وهو الفرق) بين الفضلين (أنهم) أي أن الناس (استثقلوا تكرار الدرهم في كل عدد واكتفوا بذكره) أي بذكر الدرهم مرة (عقيب العددين) ألا يرى أنهم يقولون أحد وعشرون درهما فيكتفون بذكر الدرهم مرة ويجعلون ذلك تفسيرا للكل (وهذا) أي استثقالهم (فيما يكثر استعماله وذلك) أي كثرة الاستعمال (عند كثرة الوجوب بكثرة أسبابه وذلك) أي كثرة الوجوب بكثرة الأسباب (في الدراهم والدنانير والمكيل والموزون) يعني فيما يثبت في الذمة كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون لثبوتها في الذمة في جميع المعاملات حالة وموجلة ، ويجوز الاستقراض بها لعموم البلوى (أما الثياب وما لا يكال ولا يوزن لا يكثر وجوبها) فإن الثياب لا تثبت في الذمة دينيا إلا في السلم ، والشاة ونحوها لا تثبت دينيا في الذمة أصلا (فبقى) أي بقي هذا القسم (على الحقيقة) أي على الأصل وهو أن يكون بيان المجمل إلى المجمل لا إلى المعطوف لعدم صلاحية العطف للتفسير إلا عند الضرورة وقد انعدمت هاهنا . أقول : في تقرير وجه الاستحسان على ما ذكره المصنف نظر ، أما أولا فلأن اكتفاءهم بذكر الدرهم مرة عقيب العددين لا يجدي فيما نحن فيه إذ لم يذكر الدرهم فيه عقيب أحد العددين ، بل إنما ذكره عقيب عدد واحد وهو المائة ، وأما ثانيا فلأنهم اكتفوا بذكر مثل الثوب أيضا عقيب العددين ، ألا يرى إلى ما سيأتى أنه إذا قلت مائة وثلاثة أثواب يكون الكل أثوابا لانصراف التفسير إلى مجموع العددين المبهمين المذكورين قبله ، ويمكن أن يتمحل في الجواب بأن يقال : مراد المصنف أنهم استثقلوا تكرار المميز

لأن الدرهم معطوف عليها بالواو العاطفة ، وذلك ليس بتفسير لاقتضائه المغايرة فبقيت المائة على إبهامها كما في الفصل الثاني . وجه الاستحسان وهو الفرق بين الفضلين أنهم استثقلوا تكرار الدرهم واكتفوا بذكره عقيب العددين ، والاستثقال فيما يكثر استعماله وكثرة الاستعمال عند كثرة الوجوب بكثرة أسبابه ، وذلك فيما يثبت في الذمة كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون لثبوتها في الذمة في جميع المعاملات حالة وموجلة ، ويجوز الاستقراض بها بخلاف غيرها ، فإن الثوب لا تثبت في الذمة دينيا إلا سلما ، والشاة لا تثبت دينيا في الذمة أصلا فلم يكثر بكثرتها فبقى على الحقيقة : أي على الأصل ، وهو أن يكون بيان المجمل إلى المجمل لعدم صلاحية العطف للتفسير إلا عند الضرورة وقد انعدمت ، وكذا إذا قال مائة وثوبان يرجع في بيان المائة إلى المقر لما بينا أن الثياب وما لا يكال ولا يوزن لا يكثر وجوبها ، بخلاف ما إذا قال مائة وثلاثة أثواب حيث يكون الكل ثيابا

(قوله لاقتضائه المغايرة) أقول : أي لاقتضاء العطف للمغايرة . بخلاف التفسير فإنه يقتضي الإتحاد (قوله واكتفوا بذكره عقيب العددين الخ) أقول : لا يخفى عليك أن الاكتفاء عقيب العددين لا يختص بما يثبت دينيا في الذمة في جميع المعاملات ، بل يتم للثوب والشاة وغيرها ،

(وكذا إذا قال مائة وثوبان) لما بينا (بخلاف ما إذا قال مائة وثلاثة أثواب) لأنه ذكر عددان مبهمين وأعقبها تفسيراً إذ الأثواب لم تذكر بحرف العطف فانصرف إليهما لاستوائهما في الحاجة إلى التفسير فكانت كلها ثياباً . قال (ومن أقرّ بتمر في قوصرة لزمه التمر والقوصرة) وفسره في الأصل بقوله غصبت تمرًا في قوصرة . ووجهه أن القوصرة وعاء له وظرف له ، وغصب الشيء وهو مطروف لا يتحقق بدون الظرف فيلزم أنه وكذا الطعام في السفينة والحنطة في الجوالق ،

في كل عدد بل كتفوا بذكره مرة في بعض الأعداد روما للاختصار ، ألا يرى أنهم اكتفوا بذلك عقيب العددين على الإطلاق والاطراد ، وكذلك اكتفوا به في عدد واحد أيضا فيما يكثر استعماله ودورانه في الكلام كما نحن فيه . نعم الأولى هاهنا أن يطرح من البين حديث الذكر عقيب العددين ، ويقرر وجه الاستحسان على طرز ما ذكر في الكافي وغيره وهو أن قوله ودرهم بيان للمائة عادة لأن الناس استنقلوا تكرار الدرهم ونحوه واكتفوا بذكره مرة ، وهذا فيما يكثر استعماله ، وذا عند كثرة الوجوب بكثرة أسبابه ودورانه في الكلام ، وذا فيما يثبت في الذمة كالأثمان والمكيل والموزون ، بخلاف الثياب وما لا يكال ولا يوزن فإنه لا يكثر وجوبها وثبوتها في الذمة فثبت على الأصل . قال في النهاية : وروى ابن سباعة عن أبي يوسف رحمه الله في قوله مائة وثوب أن الكل من الثياب وكذلك في قوله مائة وشاة . ووجهه أن الثياب والغنم تقسم قسمة واحدة ، بخلاف العبيد فإنها لا تقسم قسمة واحدة ، وما يقسم قسمة واحدة يتحقق في أعدادها المجانسة فيمكن أن يجعل المفسر منه تفسيراً للبهيم انتهى . ويوافقه ما ذكره الإمام قاضيخان في فتاواه حيث قال : رجل قال لفلان على ألف وعبد عن أبي يوسف رحمه الله أنه قال : يقرّ في الأول بما يشاء ، ولو قال ألف وشاة أو ألف وبغير أو ألف وثوب أو ألف وفرس فهي ثياب وأغنام وأبعرة ، ولا يشبه هذا بنى آدم لأن بنى آدم لا يقسم ، إلى هنا كلامه . وقال الإمام الزيلعي في التبيين بعد نقل ذلك عن النهاية : وهذا ليس بظاهر ، فإن عندهما يقسم العبيد كالغنم ، وإنما لا يقسمون عند أبي حنيفة رحمه الله انتهى ، فتأمل . قال المصنف (وكذا إذا قال مائة وثوبان) أي يرجع في بيان المائة إلى المقرر (لما بينا) من أن الثياب وما لا يكال ولا يوزن لا يكثر وجوبها (بخلاف ما إذا قال مائة وثلاثة أثواب) حيث يكون الكل ثياباً بالاتفاق (لأنه ذكر عددين مبهمين وأعقبهما تفسيراً إذ الأثواب لم تذكر بحرف العطف) حتى يدل على المغايرة (فانصرف إليهما) أي فانصرف التفسير المذكور إلى العددين جميعاً (لاستوائهما في الحاجة إلى التفسير فكان كلها) أي كل الأحاد المدرجة تحت ذينك العددين (ثياباً) لا يقال : الأثواب جمع ثوب لا يصلح تمييزاً للمائة لأنها لما اقترنت بالثلاثة صار كعدد واحد ، كذا في الكافي والشروح (قال) أي القدوري في مختصره (ومن أقر بتمر في قوصرة لزمه التمر والقوصرة) القوصرة بالتخفيف والتشديد : وعاء التمر يتخذ من قصب ، وقولهم إنما تسمى بذلك مادام فيها التمر ، وإلا فهي زنبيل مبنى على عرفهم ، كذا في المغرب . قال صاحب الجمهرة : أما القوصرة فأحسبها دخيلاً . وقد روى : أفلح من كانت له قوصرة يأكل منها كل يوم مره

ثم قال : ولا أدري ما صحة هذا البيت ، كذا في غاية البيان . قال المصنف (ومسره في الأصل) أي فسر الإقرار بتمر في قوصرة في الأصل وهو المبسوط (بقوله) أي يقول المقرر غصبت تمرًا في قوصرة . ووجه جواب هذه المسئلة وهو لزوم التمر والقوصرة جميعاً (أن القوصرة وعاء له) أي للتمر (وظرف له) أي للتمر (وغصب الشيء وهو مطروف) أي والحال أنه مطروف (لا يتحقق بدون الظرف فيلزم أنه) أي فيلزم التمر والقوصرة المقرر (وكذا الطعام في السفينة) أي وكذا الحكم فيما إذا قال غصبت الطعام في السفينة (والحنطة في الجوالق) أي وفيما إذا قال غصبت الحنطة في الجوالق ، والجوالق بالفتح جمع جوالق

بالاتفاق لأنه ذكر عددين مبهمين وأعقبهما تفسيراً ، إذ الأثواب لم تذكر بحرف العطف حتى يدل على المغايرة فانصرف إليهما جميعاً لاستوائهما في الحاجة إلى التفسير . لا يقال : الأثواب جمع لا يصلح تمييزاً للمائة لأنها لما اقترنت بالثلاثة صار العدد واحداً . قال (ومن أقر بتمر في قوصرة الخ) الأصل في جنس هذه المسائل أن من أقر بشيئين أحدهما ظرف للآخر فلما أن يذكرهما ثم ما نحن فيه لم يذكر فيه عددان فلا يناسب هذا الكلام ظاهراً (قال المصنف : ووجهه أن القوصرة الخ) أقول : بخلاف قوله على درهم

بـخلاف ما إذا قال غصبت تمرا من قوصرة لأن كلمة من للانزاع فيكون الإقرار بغصب المزروع . قال (ومن أقرّ بدابة في إصطبل لزمه الدابة خاصة) لأن الإصطبل غير مضمون بالغصب عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعلى قياس قول محمد يضمهما ؛

بالضم ، والجواب بقية زيادة الباء تسامح ، كذا في المغرب . والأصل في جنس هذه المسائل أن ما كان الثاني ظرفا للأول ووعاء له لزمه تحريم ثوب في منديل وطعام في سفينة وحنطة في جوالق ، وما كان الثاني مما لا يكون وعاء للأول نحو قولك غصبت درهما في درهم لم يلزم الثاني لأنه غير صالح لأن يكون ظرفا لما أقرّ بغصبه أولا فلغا آخر كلامه ، كذا في المبسوط وذكر في الشروح . أقول : يرد على هذا الأصل النقض بما إذا أقرّ بدابة في إصطبل فإن اللازم على المقر هناك هو الدابة خاصة عند أبي حنيفة وأبي يوسف كما سيأتي مع أنه لا ريب في أن الثاني فيه صالح لأن يكون ظرفا للأول . ويمكن أن يقال : إن ذلك من باب التخلف لمانع ، وقيد عدم المانع في الأحكام الكلية غير لازم كما صرحوا به في مواضع منها أول كتاب الوكالة (بخلاف ما إذا قال غصبت تمرا من قوصرة) يعني أن الحكم المذكور في كلمة في وأما الحكم في كلمة من فبخلافه (لأن كلمة من للانزاع فيكون إقرارا بغصب المزروع) يعني أن كلمة من لا ابتداء الغاية فيكون إقرارا بأن مبدأ الغصب من القوصرة وإنما يفهم منه الانزاع ، كذا في الكفاية ومعراج الدراية أخذنا من الكافي . وقال في النهاية لأن كلمة من للتبعض ، وإنما يفهم منه الانزاع انتهى . وقل في غاية البيان : ووجه أن كلمة من يستعمل للتبعض والتمييز فيكون الانزاع لازمهما ، لأن معناه أن من موضوعه للانزاع انتهى . أقول : الحق في توجيه كلام المصنف هاهنا ما ذهب إليه الفرقة الأولى لا ما ذهب إليه الفرقة الأخرى ، لأن كلمة من في قول القائل غصبت تمرا من قوصرة لا تحتمل معنى التبعض ، إذ لا يصح أن يكون التمر بعض القوصرة فكيف يفهم الانزاع من التبعض في ذلك القول . وأما انفهام الانزاع من التبعض عند استعمال كلمة من في معنى التبعض في موضع آخر فلا يجدى شيئا هاهنا كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة ، بخلاف معنى الابتداء فإن كلمة من في ذلك القول تحتمل الابتداء قطعاً فيتم التقريب جدا . وأما الحكم في كلمة على نحو أن يقول غصبت إكافا على حمار فكان إقرارا بغصب الإكاف خاصة ، والحمار مذكور لبيان محل المغصوب حين أخذه ، وغصب الشيء من محل لا يكون مقتضيا غصب المحل ، كذا في المبسوط وذكر في كثير من الشروح (قال) أي القدوري في مختصره (ومن أقرّ بدابة في إصطبل لزمه الدابة خاصة) إنما قال لزمه الدابة خاصة ولم يقل كان إقرارا بالدابة خاصة لما أن هذا الكلام إقرار بهما جميعا ، إلا أن اللزوم على قول أبي حنيفة وأبي يوسف في الدابة خاصة ، وإليه أشار المصنف بقوله (لأن الإصطبل غير مضمون بالغصب عند أبي حنيفة وأبي يوسف) لأن الغصب الموجب للضمان لا يكون إلا بالنقل والتحويل عندهما ، والإصطبل مما لا ينقل ولا يحول فلا يكون مضمونا بالغصب عندهما (وعلى قياس قول محمد يضمهما) أي يضمن الدابة والإصطبل ، لأن محمدا رحمه الله يرى غصب

بكلمة « في » أو بكلمة « من » فإن كان الأول كقوله غصبت من فلان تمرا في قوصرة: وهي بالتخفيف والتشديد وعاء التمرا وثوبا في منديل أو طعاما في سفينة أو حنطة في جوالق لزمه ، لأن غصب الشيء وهو مظلوم لا يتحقق بدون الظرف ، وإن كان الثاني كقوله تمرا من قوصرة وثوبا من منديل وطعاما من سفينة لم يلزم إلا المظلوم ، لأن كلمة من للانزاع فيكون إقرارا بغصب المزروع ، ومن أقرّ بشيئين لم يكن كذلك كقوله غصبت درهما في درهم لم يلزمه الثاني ، لأن الثاني لما لم يصلح ظرفا

في قفيز حنطة فإنه يلزم الدرهم والقفيز باطل لأنه أقر بدرهم في الدمة ، وما في الدمة لا يتصور أن يكون مظلوما في شيء آخر . وجه التفسير بما ذكره يعلم من هذا فليتأمل ، والمسئلة المذكورة في غاية البيان في شرح قوله له على خمسة في خمسة (قوله ومن أقر بشيئين لم يكن كذلك) أقول :- أي أحدهما ظرفا والآخر مظلوما .

ومثله الطعام في البيت . قال (ومن أقرّ لغيره بخاتم لزمه الحلقة والفص) لأن اسم الخاتم يشمل الكل (ومن أقرّ له بسيف فله النصل والجفن والحمائل) لأن الاسم ينطوي على الكل (ومن أقرّ بحجلة فله العيدان والكسوة) لانطلاق الاسم على الكل عرفا (وإن قال غصبت ثوبا في منديل لزمه جميعا) لأنه ظرف لأن الثوب يلف فيه . (وكذا لو قال عليّ ثوب في ثوب) لأنه ظرف ، بخلاف قوله درهم في درهم حيث يلزمه واحد لأنه ضرب لا ظرف (وإن قال ثوب في عشرة أثواب لم يلزمه إلا ثوب واحد عند أبي يوسف . وقال محمد : لزمه أحد عشر ثوبا)

العقار فيدخلان في الضمان عنده كما يدخلان في الإقرار (ومثله الطعام في البيت) أي ومثل الإقرار بالدابة في الإصطبل الإقرار بالطعام في البيت . قال في المبسوط : ولو قال غصبت منك طعاما في بيت كان هذا بمنزلة قوله طعاما في سفينة ، لأن البيت قد يكون وعاء للطعام فيكون إقرارا بغصب البيت والطعام ، إلا أن الطعام يدخل في ضمانه بالغصب والبيت لا يدخل في ضمانه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، لأنه مما لا ينقل ولا يحول . والغصب الموجب للضمان لا يكون إلا بالنقل والتحويل ، وإن قال لم أحول الطعام من موضعه لم يصدق في ذلك لأنه أقرّ بغصب تام ، وفي الطعام يتحقق ذلك بالنقل والتحويل فكان هو في قوله لم أنقله راجعا عما أقرّ به فلم يصدق فكان ضامنا للطعام ، وفي قول محمد هو ضامن للبيت أيضا إلى هنا لفظ المبسوط (قال) أي القدوري في مختصره (ومن أقرّ لغيره بخاتم لزمه الحلقة والفص) قال المصنف في تعليقه (لأن اسم الخاتم يشمل الكل) أي يتناول الحلقة والفص جميعا ولهذا يدخل الفص في بيع الخاتم من غير تسمية ، فإذا تناولهما اسم الخاتم لزمه جميعا بالإقرار بالخاتم (وإن أقرّ له) أي لغيره (بسيف فله النصل) وهو حديدة السيف (والجفن) وهو الغمد (والحمائل) جمع حمالة بكسر الحاء وهي علاقة السيف (لأن الاسم) يعني اسم السيف (ينطوي) أي يشتمل (على الكل) عرفا فله الكل (ومن أقرّ بحجلة) الحلقة بفتحيتين واحدة حجال العروس : وهي بيت يزين بالثياب والأسرة والستور ، كذا في الصحاح (فله) أي قللمقرّ له (العيدان) برفع النون جمع عود وهو الحشب كاللديان جمع دود (والكسوة) أي وله الكسوة أيضا (لانطلاق الاسم) أي اسم الحلقة (على الكل عرفا) فله الكل ، وكذا لو أقرّ بدار أو أرض لرجل دخل البناء والأشجار إذا كانا فيهما حتى أن المقرّ لو أقام بينة بعد ذلك على أن البناء والأشجار له لم يصدق ولم تقبل بينته ، وكذا لو أقام المقرّ بالخاتم بينة على أن الفص له لم تقبل بينته ، وأما إذا قال هذا الخاتم لي وفصه لك ، أو هذا السيف لي وحليته لك ، أو هذه الحبة لي وبطانتها لك وقال المقرّ له الكل لي فالقول للمقرّ فبعد ذلك ينظر إن لم يكن في نزع المقرّ به ضرر للمقرّ يؤمر المقرّ بالنزع والدفع إلى المقرّ له ، وإن كان في النزع ضرر فواجب على المقرّ أن يعطيه قيمة ما أقرّ به ، كذا في الذخيرة (وإن قال غصبت ثوبا في منديل لزمه جميعا لأنه) أي المنديل (ظرف) للثوب (لأن الثوب يلف فيه) وقد مر أن غصب الشيء وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف (وكذا) أي وكذا الحكم (لو قال عليّ ثوب في ثوب) لزمه (لأنه ظرف) أي لأن الثوب الثاني ظرف للثوب الأول فيلزمه الثوبان جميعا (بخلاف قوله درهم في درهم) أي بخلاف ما لو قال عليّ درهم في درهم (حيث يلزمه واحد) أي درهم واحد (لأنه) أي لأن قوله في درهم (ضرب) أي ضرب حساب (لا ظرف) كما لا يخفى (وإن قال ثوب في عشرة أثواب لم يلزمه إلا ثوب واحد عند أبي يوسف) وفي الكافي وهو قول أبي حنيفة ، وفي التبيين وهو قول أبي حنيفة أولا (وقال محمد : يلزمه أحد عشر ثوبا

لأول لثا آخر كلامه . ومن أقرّ بغصب دابة في إصطبل لزمه الدابة خاصة : يعني أن الإقرار بإقرار بهما جميعا ، لكن لا يلزمه إلا ضمان الدابة خاصة عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وكذا إذا قال غصبت منه طعاما في بيت لأن الدابة والطعام يدخلان في ضمانه بالغصب ، والإصطبل والبيت لا يدخلان عندهما لأنهما غير منقولين ، والغصب الموجب للضمان لا يكون إلا بالنقل والتحويل ، وعند محمد يدخلان في ضمانه دخولهما في الإقرار لأنه يرى بغصب العقار . والنصل حديدة السيف ، والجفن الغمد ،

لأن النفيس من الثياب قد يلف في عشرة أثواب فأمكن حمله على الظرف . ولأن يوسف أن حرف « في » يستعمل في البين والوسط أيضا ، قال الله تعالى - فادخلني في عبادي - أي بين عبادي ، فوقع الشك والأصل براءة الذم ، على أن كل ثوب موعى وليس بوعاء فتعذر حمله على الظرف فتعين الأول محملا .

لأن النفيس من الثياب قد يلف في عشرة أثواب فأمكن حمله على الظرف) يعنى أن كلمة في حقيقة في الظرف وقد أمكن العمل بالحقيقة هاهنا ، لأن الثوب الواحد قد يلف لعزته ونفاسته في عشرة أثواب فلا يصار إلى المجاز . قيل هو منقوض على أصله ، فإنه لو قال غصبت كرباسا في عشرة أثواب حرير يلزمه الكل عند محمد في هذه الصورة أيضا مع أن عشرة أثواب حرير لا تجعل وعاء للكرباس عادة ، كذا في الشروح . قال في النهاية : وإليه أشار في المبسوط (ولأن يوسف أن حرف في يستعمل في البين والوسط أيضا ، قال الله تعالى - فادخلني في عبادي - أي بين عبادي فوقع الشك) في أن المراد بحرف « في » هاهنا معنى الظرف أو معنى البين ، وبالشك لا يثبت ما زاد على الواحد (والأصل براءة الذم) لأنها خلقت بريئة عرية عن الحقوق فلا يجوز شغلها إلا بحجة قوية ولم توجد فيها زاد على الواحد فلم يلزمه إلا ثوب واحد (على أن كل ثوب موعى وليس بوعاء) يعنى أن مجموع العشرة ليس بوعاء للواحد بل كل واحد منها موعى بما حواه ، فإنه إذا لفت ثوب في أثواب يكون كل ثوب موعى في حق ما وراءه ، ولا يكون وعاء إلا الثوب الذى هو ظاهر فإنه وعاء وليس بموعى ، لفظه كل هاهنا مجرد للتكثير لا للاستغراق كما قالوا في نظائرها ، فإذا تحقق عدم كون العشرة وعاء للثوب الواحد لم يمكن حمل كلمة في على الظرف في قوله ثوب في عشرة أثواب (فتعين الأول) أى المعنى الأول الذى هو البين (محملا) بكلمة « في » في قوله المزبور فكأنه قال على ثوب بين عشرة أثواب ولم يلزمه بهذا المعنى إلا ثوب واحد . قال كثير من الشراح في حل هذا المقام : فإذا لم يتحقق كون العشرة وعاء للثوب الواحد كان آخر كلامه لغوا وزاد على هذا من بينهم صاحب العناية أن قال : وتعين أول كلامه محملا : يعنى أن يكون في بمعنى البين انتهى : أقول : هذا الشرح منهم لا يطابق المشروح ، إذ لا يساعد كلام المصنف جعل آخر كلام المقر لغوا ، فإن قوله فتعين الأول محمد يدل على أن آخر كلام المقر وهو قوله في عشرة أثواب محملا متعينا وهو معنى البين المذكور أولا ، فإذا تيسر لآخر كلامه بل تعين له محمل صحيح من المعاني المستعملة فيها كلمة في لم يصح جعل ذلك لغوا من الكلام ، إذ يجب صيانة كلام العاقل عن اللغو مهما أمكن . ثم من العجائب ما زاده صاحب العناية ، فإن قوله وتعين أول كلامه محملا بعد قوله كان آخر كلامه لغوا يدل على أنه حل على الأول في قول المصنف فتعين الأول محملا على أول كلام المقر ، وهذا مع كونه مما يأتي عنه جدا قيد محملا ينفيه تفسيره بقوله يعنى أن يكون في معنى البين ، لأن الكون في بمعنى البين إنما يتصور في آخر كلام المقر وهو قوله في عشرة أثواب دون أول كلامه وهو قوله على ثوب إذ لا ماس له بمعنى البين أصلا . واعلم أن الإمام الزاهدى قال في شرح مختصر القدورى : قد اشتبه على في هذه المسائل كلها أن المراد من هذه المسائل كلها أن المظروف معين مشار إليه أم يستوى المعين والمنكر في ذلك ، إلى أن ظفرت بالرواية بحمد الله تعالى ،

والحماثل جمع حماله بكسر الحاء وهى علاقة السيف ، والحجلة بيت يزين بالثياب والأسرة ، والعيدان برفع النون جمع عود وهو الخشب ، وبقية كلامه يعلم من الأصل المذكور (قوله لأن النفيس من الثياب قد يلف في عشرة أثواب) قيل هو منقوض على أصله بأن قال غصبت كرباسا في عشرة أثواب حرير لزمه الكل عند محمد مع أن عشرة أثواب حرير لا يجعل وعاء للكرباس عادة (قوله على أن كل ثوب موعى وليس بوعاء) معناه أن الجميع ليس بوعاء للواحد ، بل كل واحد منها موعى بما حواه ، والوعاء الذى هو ليس بموعى هو ما كان ظاهرا ، فإذا تحقق عدم كون العشرة وعاء للثوب الواحد كان آخر كلامه لغوا وتعين

(قوله قيل هو منقوض على أصله) أقول : إطلاق النقض ليس بموافق للاصطلاح ، فإن اللازم قصور الدليل عن المدعى (قال المصنف : فوقع الشك) أقول : لتعارض الحقيقة لكلمة « في » والعادة ، فإن الثوب الواحد لا يصر في عشرة أثواب عادة (قال المصنف : حل أن كل ثوب موعى الح) أقول : لفظه كل هاهنا للتكثير .

(ولو قال لفلان على خمسة في خمسة يريد الضرب والحساب لزمه خمسة) لأن الضرب لا يكثر المال . وقال الحسن : يلزمه خمسة وعشرون وقد ذكرناه في الطلاق (ولو قال أردت خمسة مع خمسة لزمه عشرة) لأن اللفظ يحتمله (ولو قال له على من درهم إلى عشرة أو قال ما بين درهم إلى عشرة لزمه تسعة عند أبي حنيفة فيلزمه الابتداء وما بعده وتسقط الغاية ، وقالوا : يلزمه العشرة كلها) فتدخل الغايتان . وقال زفر : يلزمه ثمانية ولا تدخل الغايتان .

ومنه أنه يستوى فيه المعترف والمنكر ويرجع في بيان المنكر إليه وهو ما قاله في المحيط ، ولو قال غصبتك ثوبا في منديل فهو إقرار بغصب الثوب والمنديل ويرجع في البيان إليه ، ولو قال درهم في درهم أو درهما في طعام لم يلزمه إلا درهم ، والأصل في هذه المسائل أن في متى دخلت على ما يصلح ظرفا ويجعل ظرفا عادة اقتضى غصبهما ، وإلا فغصب الأول دون غيره ، إلى هنا كلامه (ولو قال لفلان على خمسة في خمسة يريد الضرب والحساب لزمه خمسة) هذا لفظ القدوري في مختصره . قال المصنف في تعليقه (لأن الضرب لا يكثر المال) يعني أن أثر الضرب في تكثير الأجزاء لإزالة الكسر لا في تكثير المال وخمسة دراهم وزنا ، وإن جعل ألف جزء لا يزداد فيه وزن قيراط ، على أن حساب الضرب في المسوحات لا في الموزونات ، كذا قالوا ، ولأن حرف في للظرف حقيقة والدراهم لا تكون ظرفا للدراهم ، واستعماله في غير الظرف مجاز ، والمجاز قد يكون بمعنى مع ، قال الله تعالى - فادخلي في عبادي - أي مع عبادي ، وقد يكون بمعنى على كما في قوله تعالى - ولأصلبنيكم في جذوع النخل - أي على جذوع النخل ، وليس أحدهما أولى من الآخر فلزمه خمسة بأول كلامه ولغا آخره ، كذا في المبسوط وغيره (وقال الحسن) يعني الحسن بن زياد صاحب أبي حنيفة (يلزمه خمسة وعشرون) لأنه الحاصل من ضرب خمسة في خمسة عند أهل الحساب وقد مر جوابه آنفا . قال المصنف (وقد ذكرناه في الطلاق) أي في باب إيقاع الطلاق من كتاب الطلاق ، ولم يذكر المصنف هذه المسئلة ثم صرحا بل فهم ذلك من الخلاف الواقع بيننا وبين زفر فيما لو قال أنت طالق ثنتين في ثنتين ونوى الضرب والحساب ، فعندنا يقع ثنتان وعنده يقع ثلاث ، وإنما ذكر مسألة الإقرار صريحا في كتاب الطلاق في شروح الجامع الصغير ، كذا في غاية البيان (ولو قال أردت خمسة مع خمسة) أي لو قال المقر أردت بقولي خمسة في خمسة خمسة مع خمسة (لزمه عشرة لأن اللفظ يحتمله) قال الله تعالى - فادخلي في عبادي - قيل مع عبادي ، كذا في الكافي ، ولو قال عنيت خمسة وخمسة لزمه عشرة أيضا لأنه استعمل في بمعنى واو العطف ، كذا في المبسوط . وقد ذكر المصنف في باب إيقاع الطلاق أنه لو نوى بقوله واحدة في ثنتين وثنيتين فهي ثلاث لأنه يحتمله ، فإن حرف الواو للجمع والظرف يجمع المظروف ، وإن نوى واحدة مع ثنتين يقع الثلاث لأن في يأتي بمعنى مع قال الله تعالى - فادخلي في عبادي - ولو نوى الظرف يقع واحدة لأن الطلاق لا يصلح ظرفا فيلغو ذكر الثاني ، إلى هنا لفظه . قال صاحب النهاية : ولم يذكر في الكتاب ولا في المبسوط أنه لو أراد بنى معنى على ما حكمه عند علمائنا . وذكر في الذخيرة أن حكمه أيضا كحكم في ، حتى لو قال لفلان على عشرة في عشرة ثم قال عنيت به على عشرة أو قال عنيت به الضرب لزمه عشرة عند علمائنا اه (ولو قال له على من درهم إلى عشرة أو قال ما بين درهم إلى عشرة لزمه تسعة عند أبي حنيفة فيلزمه الابتداء وما بعده وتسقط الغاية ، وقالوا : يلزمه العشرة كلها فتدخل الغايتان) أي الابتداء والانتهاء (وقال زفر : يلزمه ثمانية ولا تدخل الغايتان) قال في النهاية : والقياس ما قاله زفر ، فإنه جعل الدرهم الأول والآخر حدا ولا يدخل الحد في الحدود كمن قال لفلان من هذا الحائط إلى هذا الحائط أو ما بين هذين الحائطين لا يدخل الحائطان في الإقرار ، فكذلك هاهنا لا يدخل الحدان ، وأبو يوسف ومحمد قالوا : هو كذلك في حد قائم بنفسه كما في المحسوسات فأما فيما ليس بقائم بنفسه فلا لأنه إنما يتحقق كونه حدا إذا كان واجبا فأما ما ليس بواجب فلا يتصور أن يكون حدا لما هو واجب

أول كلامه محملا : يعني أن يكون « في » بمعنى البين (قوله لأن الضرب لا يكثر المال) معناه أن أثر الضرب في تكثير الأجزاء لإزالة الكسر لا في زيادة المال ، وخمسة دراهم وزنا وإن جعلته ألف جزء لم يزد فيه وزن قيراط ، وبقي كلامه ظاهر ، وقد تقدم في كتاب الطلاق .

(ولو قال له من دارى ما بين هذا الحائط إلى هذا الحائط فله ما بينهما وليس له من الحائطين شيء) وقد مرت الدلائل فى الطلاق .

(فصل)

(ومن قال لحمل فلانة على ألف درهم ، فإن قال أوصى له فلان أو مات أبوه فورثه فالإقرار صحيح) لأنه أقرّ بسبب صالح لثبوت الملك له (ثم إذا جاءت به فى مدة يعلم أنه كان قائما وقت الإقرار لزمه ،

وأبو حنيفة يقول : الأصل ما قاله زفر من أن الحد غير المحدود ، وما لا يقوم بنفسه حد ذكر وإن لم يكن واجبا ، إلا أن الغاية الأولى لابد من إدخالها لأن الدرهم الثانى والثالث واجب ولا يتحقق الثانى بدون الأول ، ولأن الكلام يستدعى ابتداء ، فإذا أخرجنا الأول من أن يكون واجبا صار الثانى هو الابتداء فيخرج هو من أن يكون واجبا ثم الثالث والرابع وهكذا بعده ، فلأجل هذه الضرورة أدخلنا فيه الغاية الأولى ، ولا ضرورة فى إدخال الغاية الثانية فأخذنا فيها بالقياس انتهى .

والحاصل أن ما قاله أبو حنيفة فى الغاية الأولى استحسان وفى الغاية الثانية قياس وما قالاه فى الغائتين استحسان وما قاله زفر فيهما قياس كذا فى مبسوط شيخ الإسلام خواهر زاده (ولو قال لمن دارى ما بين هذا الحائط إلى هذا الحائط فله) أى للمقرّ له (ما بينهما) أى ما بين الحائطين (وليس له من الحائطين شيء) أى لا تدخل الغائتان فى هذه الصورة بالاتفاق . قال المصنف (وقد مرت الدلائل) أى دلائل هذه المسائل (فى الطلاق) أى فى باب إيقاع الطلاق من كتاب الطلاق فن شاء الاطلاع عليها فليراجع .

(فصل)

لما كانت مسائل الحمل مغايرة لغيرها صورة ومعنى ذكرها فى فصل على حدة وألحق بها مسألة الخيار اتباعا للمبسوط ، كذا فى الشروح (ومن قال لحمل فلانة على ألف درهم) فهو لا يخلو عن ثلاثة أوجه ، لأنه إما أن يبين سببا أو لا يبين ذلك ، فإن بين سببا فإما أن يكون ذلك السبب صالحا أو غير صالح ، فإن كان صالحا وهو الذى ذكره بقوله (فإن قال أوصى بها) أى بالألف (له) أى للحمل وهو الجنين (فلان أو) قال (مات أبوه) أى أبو الحمل (فورثه) أى ورث الحمل الألف أنت ضمير الألف أولا باعتبار الدراهم ، وذكره ثانيا لكون الألف مذكرا فى الأصل . قال فى القاموس : الألف من العدد مذكر ، ولو أنت باعتبار الدراهم جاز انتهى (فالإقرار) فى هذا الوجه (صحيح لأنه أقرّ بسبب صالح لثبوت الملك له) أى للحمل : يعنى أنه بين سببا صالحا لثبوت الملك للحمل ، فلو عايناه حكمنا بوجود المال عليه ، فكذلك إذا ثبت بإقراره ، وهذا لأن الإقرار صدر من أهله مضافا إلى محله ولم يتيقن بكذبه فيما أقرّ به فكان صحيحا كما لو أقرّ به بعد الانفصال لأن الجنين أهل لأن يستحق المال بالإرث أو الوصية (ثم إذا) وجد السبب فلا بد من وجود المقرّ له عنده ، فإن (جاءت) أى فلانة (به) أى بالولد (فى مدة يعلم بها أنه) أى الولد (كان قائما) أى موجودا (وقت الإقرار لزمه) أى لزم المقرّ ما أقرّ به ، والعلم بأن الولد

(فصل)

لما كانت مسائل الحمل مغايرة لغيرها ذكرها فى فصل على حدة وألحق بها مسألة الخيار اتباعا للمبسوط ، والله أعلم . قال (ومن قال لحمل فلانة على ألف درهم الخ) ومن أقرّ لحمل ، فإما أن يبين سببا أولا ، فإن بين فإما أن يكون سببا صالحا أولا

(فصل)

(قال المصنف : ومن قال لحمل فلانة الخ) أقول : قال الإيماني : لو أوصى لدابة رجل أن يعلف بعد موته جازت الوصية لأنها وصية لصاحب الدابة ، لأن الدابة لا تصلح مستحقة فهي صير ذكرها لتعيين المصروف انتهى . وفى المحيط فى باب إقرار الصبى والممتوه والسكران والأخرس والإقرار لهم : لو قال لدابة فلان على ألف درهم أو أوصى لها بالعلف واستهلكته يصح ويكون لصاحبها انتهى (قوله وألحق بها مسألة الخيار اتباعا لما فى المبسوط) أقول : أى فى إيراد مسألة الخيار عقيب مسائل الحمل ، وإن خالف المبسوط حيث أوردهما فى فصل واحد . (٤٤ - تكملة فتح القدير حتى = ٨)

كان موجودا وقت الإقرار بطريقتين أحدهما حقيقي والآخر حكيم . فالحقيقي ما إذا وضعته لأقل من ستة أشهر ، والحكيم ما إذا وضعته لأكثر من ستة أشهر إلى سنتين وكانت المرأة معتدة ، إذ حينئذ يحكم بثبوت النسب فيكون ذلك حكما بوجوده في البطن ، وأما إذا لم تكن معتدة وجاءت به لأكثر من ستة أشهر فلم يستحق شيئا كذا قالوا . ثم إن الشراح اختلفوا هاهنا في تعيين أول مدة يعلم بها أن الولد كان موجودا وقتئذ ، فمنهم من ذهب إلى أنه من وقت الإقرار حيث قال بأن ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار كما قال صدر الشريعة أيضا في شرح الوقاية . ومنهم من ذهب إلى أنه من وقت موت الموصي أو المورث حيث قال بأن وضعته لأقل من ستة أشهر مذ مات المورث والموصي كما قاله صاحب الكافي ، وذكر في المبسوط أيضا أقول : القول الأول وإن كان أوفق بالمشروح في الظاهر حيث ذكر فيه كون الولد قائما وقت الإقرار إلا أن القول الثاني هو الموافق للتحقيق ، وهو أن الإقرار إخبار عن ثبوت الحق لا إنشاء الحق ابتداء كما تقرر في صدر كتاب الإقرار ، فإن مقتضى ذلك أن يتقرر وجود المقر له عند تحقق سبب الملك لا عند مجرد الإقرار ، وسبب الملك فيما نحن فيه إنما يتحقق وقت موت الموصي أو المورث فلا بد أن يعتبر أول مدة يعلم بها وجود الحمل من وقت موت الموصي أو المورث ليتقرر وجوده عند تحقق سبب الملك ، فإنه إذا جاءت بالولد في مدة هي أقل من ستة أشهر من وقت الإقرار وأكثر من سنتين من وقت موت الموصي أو المورث ، أو أكثر من ستة أشهر إلى سنتين من وقت موت الموصي أو المورث في غير المعتدة ، فالظاهر أنه لا يلزم المقر للحمل شيء ، أما إذا جاءت به لأكثر من سنتين من وقت موت الموصي أو المورث فلائنه يتعين حينئذ أن الجنين لم يكن موجودا عند تحقق سبب الملك فلم يكن أهلا لاستحقاق المال ، ولا يفيد كونه موجودا عند مجرد الإقرار لأن الإقرار إخبار عن ثبوت الملك بسبب سابق لا إنشاء الملك في الحال . وأما إذا جاءت به لأكثر من ستة أشهر إلى سنتين من وقت موت الموصي أو المورث في غير المعتدة فلائنه لا يتعين حينئذ كون الجنين موجودا عند تحقق سبب الملك بل يبقى على مجرد الاحتمال ، ولا يثبت الحكم بالشك فلا يلزم المقر له شيء وإن كان موجودا وقت الإقرار كما إذا بين سببا غير صالح على ما سيأتي . لكن بقي هاهنا شيء على القول الثاني أيضا وهو أنه إذا حصل العلم بوجود الجنين بالطريق الحكيم لا الحقيقي وذلك بأن وضعته لأكثر من ستة أشهر إلى سنتين وكانت معتدة قالوا يحكم حينئذ بثبوت النسب فيكون ذلك حكما بوجوده في البطن حين موت المورث أو الموصي ، ولا يخفى أن الحكم بثبوت النسب إنما يكون فيما إذا ولدت لأقل من سنتين من وقت الفراق وهو لا يقتضي الحكم بوجوده في البطن حين موت المورث أو الموصي بلحوا أن يكون وقت موت المورث أو الموصي أكثر من سنتين ووقت الفراق أقل منهما . فإن قيل : اعتبر أول المدة في الطريق الحقيقي على القول الثاني من وقت موت المورث أو الموصي ففي الطريق الحكيم

فإن كان صالحا مثل أن يقول أوصي له فلان أو مات أبوه فورثه فالإقرار صحيح لأنه بين سببا لو عايناه حكمنا به فكذلك بإقراره . ثم إذا وجد السبب الصالح فلا بد من وجود المقر له عند الإقرار ، فإن جاءت به لمدة يعلم فيها أنه كان قائما : أي موجودا وقت الإقرار بأن ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار لزمه ، وإن جاءت به لأكثر إلى سنتين وهي معتدة فكذلك ، وأما إذا جاءت به لأكثر من ستة أشهر وهي غير معتدة لم يلزمه ، وكذا إن جاءت به ميتا فالمال للموصي والمورث يقسم بين ورثته ، لأن هذا الإقرار في الحقيقة لهما ، وإنما ينتقل إلى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل ، وإن جاءت بولدين حين فالمال بينهما نصفين إن كانا ذكرا أو أنثيين ، وإن كان أحدهما ذكرا والآخر أنثى ففي الوصية كذلك ، وفي الميراث للذكر

وفي المبسوط عقد لكل منهما بابا على حدة ، فنحن مسائل الحمل بقوله باب الإقرار لما في البطن ومسائل الخيارات بقوله باب الخيارات (قوله من وقت الإقرار لزمه) أقول : الصواب أن يقول من وقت موت الموصي والمورث كما قاله العلامة النسفي في الكافي حيث قال : قال في المبسوط : وهذا إذا وضعته لأقل من ستة أشهر من حين مات الموصي والمورث حتى علم أنه كان موجودا في ذلك الوقت ، وإن وضعته لأكثر من ستة أشهر لم يستحق شيئا إلا أن تكون المرأة معتدة ، فعينئذ إذا جاءت بالولد لأقل من سنتين حتى يحكم بثبوت النسب كان ذلك حكما بوجوده في البطن حين مات الموصي والمورث انتهى . وذلك هو الموافق أيضا لما سيجيء في كتاب الوصايا فراجعه (قوله وفي الميراث للذكر

فإن جاءت به ميتا فالمال للموصى والمورث حتى يقسم بين ورثته) لأنه إقرار في الحقيقة لهما ، وإنما ينتقل إلى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل (ولو جاءت بولدين حين فالمال بينهما : ولو قال المقر باعني أو أقرضني لم يلزمه شيء) لأنه بين مستحيلا .

أيضا كذلك فلا يتصور حينئذ أن يكون وقت موت المورث أو الموصى أكثر من سنتين وإلا لا يكون طريقا للعلم بذلك أصلا . قلنا : فعلى ذلك لا يثبت الحكم بثبوت النسب رأسا حتى يكون ذلك حكما بوجوده في البطن حين موت المورث أو الموصى لجواز أن يكون وقت موت المورث أو الموصى أقل من سنتين ووقت الفراق أكثر منهما فلا يصح الحكم حينئذ بثبوت النسب فليتأمل (فإن جاءت به) أي إن جاءت فلانة بالولد (ميتا فالمال للموصى) فيها إذا قال أوصى به له فلان (والمورث) فيها إذا قال مات أبوه فورثته (حتى يقسم بين ورثته) أي يقسم المال بين ورثة كل واحد من الموصى والمورث (لأنه) أي لأن ما قاله (إقرار في الحقيقة لهما) أي للموصى والمورث (وإنما ينتقل) منهما (إلى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل) إليه هاهنا لأنه مات قبل الولادة (ولو جاءت بولدين حين فالمال بينهما) نصفين إن كانا ذكرين أو أنثيين ، وإن كان أحدهما ذكرا والآخر أنثى ففي الوصية كذلك ، وفي الميراث يكون بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين ، كذا في الشروح . قال بعض الفضلاء : وهذا إذا لم يكونا من أولاد أم الميت لما صرحوا من أن ذكورهم وإناتهم في الاستحقاق والقسمة سواء . أقول : لا حاجة إلى هذا التقييد بالنظر إلى وضع المسئلة ، وهو : إن قال المقر مات أبوه فورثته فلماذا لم يتعرض له شراح الكتاب وصاحب الكافي وغيرهم ، وأما بالنظر إلى مطلق الإرث فلا بد من التقييد وإن كان السبب غير صالح وهو الذي ذكره بقوله (ولو قال المقر باعني أو أقرضني) أي باعني الحمل أو أقرضني (لم يلزمه شيء) لأنه بين مستحيلا (أي لأن المقر بين سببا مستحيلا في العادة ، إذ لا يتصور البيع والإقراض من الجنين لا حقيقة وهو ظاهر ، ولا حكما لأنه لا ولاية لأحد على الجنين حتى يكون تصرفه بمنزلة تصرف الجنين فيصير مضافا إليه من هذا الوجه ، وإذا كان ما بينه من السبب مستحيلا صار كلامه لغوا فلم يلزمه شيء . فإن قيل : فهذا يكون رجوعا عن الإقرار والرجوع عن الإقرار لا يصح وإن كان موصولا . قلنا : ليس كذلك ، بل هو بيان سبب محتمل

مثل حظ الأنثيين ، وإن كان السبب غير صالح مثل أن قال باعني أو أقرضني لم يلزمه شيء لأنه بين مستحيلا لعدم تصورهما من الجنين لاحقيقة وهو ظاهر ، ولا حكما لأنه لا يولى عليه . فإن قيل : كان ذلك رجوعا وهو في الإقرار لا يصح . أجب بأنه ليس برجوع بل ظهور كذبه بيقين كما لو قال قطعت يد فلان عمدا أو خطأ ويد فلان صحيحة ، وهذا بخلاف ما إذا أقر للرضيع وبين السبب بذلك ، لأنه إن لم يتصور ذلك منه حقيقة فقد يتصور ذلك حكما بنائبه وهو القاضي أو من يأذن له القاضي ، وإذا تصور بالنائب جاز للمقر إضافة الإقرار إليه وإن لم يبين سببا ، وهو المراد بقوله وإن أبهم الإقرار لم يصح عند أبي يوسف وصححه محمد ، لأن الإقرار إذا صدر من أهله مضافا إلى محله كان حجة يجب العمل بها ، ولا نزاع في صدوره عن أهله لأنه هو المفروض وأمكن إضافته إلى المحل بحمله على السبب الصالح حملا لكلام العاقل على الصحة ، كالعبد المأذون إذا أقر بدين فإن إقراره وإن احتمل الفساد بكونه صداقا أو دين كفالة والصحة بكونه من التجارة كان صحيحا تصحيحا لكلام العاقل . ولا في يوسف أن مطلق الإقرار ينصرف إلى الإقرار بسبب التجارة ولهذا حمل إقرار العبد المأذون له وأحد المتفاوضين عليه

مثل حظ الأنثيين) أقول : إذا لم يكونا من أولاد أم الميت لما صرحوا من أن ذكورهم وإناتهم في الاستحقاق والقسمة سواء (قوله فإن قيل كان ذلك رجوعا الخ) أقول : أنت خبير بأن هذا السؤال إنما يتوهم وروده على مذهب محمد لاعل رأى أبي يوسف فإنه لا يصح الإقرار إذا أبهم حتى يكون بيان السبب المستحيل رجوعا (قوله أجب بأنه ليس برجوع بل ظهور كذبه بيقين الخ) أقول : في مبوط شمس الأمانة . قلنا : لا كذلك بل هو بيان سبب محتمل ، فقد يشبه على الجاهل فيظن أن الجنين يثبت عليه الولاية كالمفصل فيعامله ثم يقر بذلك المالك الجنين فتهاء على ظنه وتبين سببه ، ثم يعلم أن ذلك السبب كان باطلا فكان كلامه بيانا لارجوعا فلماذا كان مقبولا منه انتهى . ومن هذا الجواب يعلم أن قوله بل ظهور كذبه بيقين محل كلام ، وإن ثبت زيادة تفصيل فراجع إلى مقالنا في توجيه قوله عليه الصلاة والسلام « كل ذلك لم يكن

قال (وإن أبهم الإقرار لم يصح عند أبي يوسف ، وقال محمد : يصح) لأن الإقرار من الحجج فيجب إعماله وقد أمكن بالحمل على السبب الصالح . ولأبي يوسف أن الإقرار مطلقه ينصرف إلى الإقرار بسبب التجارة ، ولهذا حمل إقرار العبد المأذون له وأحد المتفاوضين عليه فيصير كما إذا صرح به .

وقد يشتبه على الجاهل فيظن أن الجنين يثبت عليه الولاية كالمنفصل فيعامله ثم يقر بذلك المال للجنين بناء على ظنه وبين سببه ثم يعلم أن ذلك السبب كان باطلا فكان كلامه هذا بيانا لارجوعا فلماذا كان مقبولا منه ، كذا في المبسوط وأكثر الشراح . قال في العناية : أجيب بأنه ليس برجوع ، بل ظهر كذبه بيقين كما لو قال قطعت يد فلان عمدا أو خطأ ويد فلان صحيحة انتهى . أقول : فيه بحث ، لأنه إن ظهر كذبه فلانما ظهر في بيان ذلك السبب الغير الصالح لا في أصل إقراره ، وهذا لا ينافي كون بيان السبب بذلك الوجه رجوعا عن أصل إقراره الواقع في أول كلامه لجواز أن يكون صادقا في إقراره بأن كان له سبب صالح في نفس الأمر ولكن قصد الرجوع فيبين سببا مستحيلا ، بخلاف قوله قطعت يد فلان وهي صحيحة فإنه كاذب هناك في أصل إقراره بيقين ، فالظاهر في الجواب ما ذكر في المبسوط وغيره . فإن قلت : كما أن البيع والإقراض لا يتصوران من الجنين كذلك لا يتصوران من الرضيع ، ومع ذلك لو أقر بأن عليه ألف درهم لهذا الصبي الرضيع بسبب البيع أو الإقراض أو الإجارة فإنه صحيح يؤخذ به . قلت : الرضيع وإن كان لا يتجر بنفسه لكنه من أهل أن يستحق الدين بهذا السبب بتجارة وليه ، وكذلك الإقراض وإن كان لا يتصور منه لكنه يتصور من نائبه وهو القاضي أو الأب بإذن القاضي ، وإذا تصور ذلك من نائبه جاز للمقر إضافة الإقرار إليه لأن فعل النائب قد يضاف إلى المتوب عنه ، كذا في النهاية وغيره ، وإن لم يبين سببا أصلا وهو المراد بقوله (وإن أبهم الإقرار لم يصح) أي الإقرار (عند أبي يوسف) قيل وأبو حنيفة معه ، وبه قال الشافعي في قول (وقال محمد : يصح) وبه قال الشافعي في الأصح ومالك وأحمد (لأن الإقرار من الحجج) الشرعية (فيجب إعماله) مهما أمكن ، وذلك إذا صدر من أهله مضافا إلى محله (وقد أمكن) إعماله هاهنا ، إذ لا نزاع في صدوره عن أهله لأنه هو المفروض وأمكن إضافته إلى محله (بالحمل على السبب الصالح) وهو الميراث أو الوصية تحريا للجواز وتصحيحا لكلام العاقل كالعبد المأذون له إذا أقر بدين فإن إقراره وإن احتمل الفساد بكونه صادقا أو دين كفالة والجواز بكونه من التجارة كان جائزا تصحيحا لكلام العاقل (ولأبي يوسف أن الإقرار مطلقه) أي مطلق الإقرار (ينصرف إلى الإقرار بسبب التجارة ، ولهذا حمل إقرار العبد المأذون له وأحد المتفاوضين في الشركة (عليه) أي على الإقرار بسبب التجارة ولم يحمل على الإقرار بغير سبب التجارة كدين المهر وأرش الجنانية حتى يؤخذ به العبد المأذون في حال رقه والشريك الآخر في الحال ، وفي الإقرار بدين المهر وأرش الجنانية لا يؤخذ بالعبد المأذون في حال رقه ولا الشريك الآخر أبدا ، كذا في المبسوط (فيصير) أي فيصير المقر فيما إذا أبهم بدلالة العرف (كما إذا صرح به) أي بسبب التجارة ، ولو صرح به كان فاسدا ، فكذا إذا أبهم . قال في النهاية : ولأبي يوسف وجهان : أحدهما ما ذكر في الكتاب ، والثاني ما ذكر في الذخيرة فقال : إن هذا إقرار صدر من أهله لأهله وقد احتمل الجواز والفساد كما قاله ، إلا أن حمله على الجواز متعذر لأن الجواز له وجهان : الوصية ، والميراث ، والجمع بينهما متعذر ، وليس أحدهما بأن يعتبر سببا أولى من الآخر فتعذر الحمل على الجواز فيحكم بالفساد ، ونظير هذا ما قالوا فيمن اشترى عبدا بألف درهم فقبضه المشتري قبل نقد الثمن ثم باعه المشتري مع عبد آخر له من البائع بألف وخمسمائة وقيمتها على السواء كان البيع في الذي اشترى من البائع فاسدا وإن احتمل الجواز لأن للجواز وجهين ، بأن يصرف إليه مثل

فأخذ به الشريك الآخر والعبد في حال رقه فيصير بدلالة العرف كالصريح به . ومن أقر بحمل جارية أو حمل شاة لرجل صح

في جواب ذي الدين » (قوله فيصير بدلالة العرف الخ) أقول : ويمكن أن يقال دلالة العرف فيما يتصور فيه سببية التجارة ، وأما فيما نحن فيه فلا نسلم تلك الدلالة فليأمل .

قال (ومن أقرّ بحمل جارية أو حمل شاة لرجل صحّ إقراره ولزمه) لأن له وجها صحيحا وهو الوصية به من جهة غيره فحمل عليه .

التمن أو أكثر ، والجمع بينهما متعذر ، وليس أحدهما بأولى من الآخر فتعذر الحمل على الجواز فحكم بالفساد لهذا ، بخلاف العبد المأذون إذا أقرّ حيث يجوز لأن للجواز جهة واحدة وهي التجارة والفساد جهات ، وهذا بخلاف ما لو بين سببا يستقيم به وجوب المال للجنين وصية أو ميراثا حيث كان الإقرار صحيحا لأن جهة الجواز متعينة ، وهي ما صرح به فكان محكما بالجواز انتهى كلامه . أقول : الوجه الذي ذكر في الذخيرة منظور فيه ، أما أولا فلأننا لانسلم أن كون كل واحد من الوصية والميراث وجها صالحا لجواز الإقرار للحمل مع تعذر الجمع بينهما ، وعدم تعيين واحد منهما في صورة إيهام الإقرار له يقتضي تعذر الحمل على الجواز فيلزم الحكم بالفساد لم لا يكتفى في صحة الحمل على الجواز صلاحية وجه ما من الوجهين المذكورين للجواز وإن لم يتعين خصوصية واحد منهما ؛ ألا يرى أن جهالة نفس المقرّ به لا تمنع صحة الإقرار بالاتفاق فكيف يمنعها جهالة سبب المقرّ به ؟ غاية الأمر أن يلزم المقرّ بيان خصوصية وجه من ذبّك الوجهين كما يلزمه بيان خصوصية المقرّ به المجهول ، فمن أين يلزم الحكم بالفساد . وأما ثانيا فلأن ذلك الدليل منقوض بما إذا قال لرجل لك على ألف درهم ولم يبين سببه ، فإن هذا إقرار بالدين صحيح بلا خلاف مع أنه يحتمل الجواز وهو ظاهر ، والفساد بأن يكون بسبب ثمن خر أو خنزير أو دم أوميتة . ولا شك أن لجواز الدين أسبابا كثيرة متعذرة الاجتماع ليس أحدهما أولى من الآخر . وأما ثالثا فلأن النظر المذكور فيه ليس بتمام ، لأن الجهالة في مسألة بيع العبد المشتري مع عبد آخر من البائع ليست في السبب بل في قدر ثمن العبد الذي اشتراه من من البائع فإنه لما جاز بيعه بوجهين بأن يصرف إليه مثل الثمن الأول وبأن يصرف إليه أكثر من الثمن الأول ولم يتعين أحد ذبّك الوجهين بخصوصه وقعت الجهالة في ثمنه وجهالة الثمن في البيع مفسدة بلا كلام ، بخلاف جهالة السبب في الإقرار كما تحققت ، على أن التعليل فساد البيع في تلك المسئلة بما ذكر ليس بتمام أيضا لأنه ينتقض بصحة بيع عبد آخر له ، فإن لجواز بيعه أيضا وجهين : بأن يصرف إليه ما بقي من مثل الثمن الأول للعبد المشتري من البائع ، أو ما بقي من أكثر منه ، فإنه إذا صرف إلى أحد العبدين شيء من الثمن المسمى لهما يكون الباقي منه مصروفا إلى الآخر ضرورة ، فتعدد وجه الجواز في أحدهما يقتضي تعدد وجه الجواز في الآخر أيضا مع أن بيع عبد آخر له في المسئلة المزبورة ليس بفساد إجماعا ، وينتقض أيضا بصحة بيع العبدين جميعا فيما إذا باع العبد المشتري بألف بعد نقد الثمن مع عبد آخر له من البائع بألف وخمسة ، فإن التعليل المذكور يجري في هذه الصورة أيضا بعينه بل مع زيادة لأنه يجوز أن يصرف إلى العبد المشتري من البائع في هذه الصورة أقل من الثمن الأول ، بخلاف الصورة الأولى فازداد في هذه الصورة وجه آخر للجواز مع تخلف الحكم المذكور فيها . ويمكن تعليل فساد بيع العبد المشتري من البائع في الصورة الأولى بوجه آخر لا يرد عليه شيء ما من مادي النقض فتأمل وراجع محلها (قال) أي القدر في مختصره (ومن أقرّ بحمل جارية أو حمل شاة لرجل صحّ إقراره ولزمه) أي لزم المقرّ ما أقرّ به (لأن له) أي لإقراره (وجها صحيحا وهو الوصية به) أي بالحمل (من جهة غيره) أي غير المقرّ بأن أوصى بالحمل مالك الجارية ومالك الشاة لرجل ومات فأقرّ وارثه وهو عالم بوصية مورثه بأن هذا الحمل لفلان ، وإذا صحّ ذلك الوجه وجب الحمل عليه وهو المراد بقوله (فحمل عليه) قال الشراح : ولا وجه للميراث في هذه الصورة لأن من له ميراث في الحمل له ميراث في الحامل . أقول : ليس الأمر كذلك ، فإن الفقهاء صرحوا بأن من أوصى بجارية إلا حملها صحت الوصية والاستثناء ، وستأتي المسئلة بعينها في كتاب الوصايا من هذا

الإقرار ولزمه ، لأن له وجها صحيحا لأن الجارية كانت لواحد أوصى بحملها لرجل ومات والمقرّ وارثه ورث الجارية عالما بوصية مورثه ، وإذا صحّ ذلك وجب الحمل عليه ، ولا وجه للميراث في هذه الصورة لأن من له ميراث في الحمل له ميراث في الحامل أيضا . ومن أقرّ لرجل بشيء على أنه بالخيار في إقراره لثلاثة أيام فالإقرار صحيح يلزم به ما أقرّ به لوجود الصيغة الملزمة وهي قوله على ونحوه ، والخيار باطل لأن الخيار للنسخ والإخبار لا يحتمل ، لأن الخبر إن كان صادقا بمطابقته للواقع

قال (ومن أقرّ بشرط الخيار بطل الشرط) لأن الخيار للفسخ والإخبار لا يحتمله (ولزمه المال) لوجود الصيغة الملزمة ولم تنعدم بهذا الشرط الباطل ، والله أعلم .

الكتاب ، فحيث يجوز أن يوصى مالك الحامل بالحامل لرجل ويستثنى حملها ويموت ، فإذا نصير الحامل للموصى له والحمل لوارث الميت ، فلو أقر الموصى له بعد أن قبض الحامل باستحقاقه إياها بأن حمل هذه الحامل لوارث الميت المزبور صرح إقراره وكان له وجه صحيح وهو الميراث ، فلا وجه لقولهم لا وجه للميراث في هذه الصورة ولا لتعليلهم إياه بأن من له ميراث في الحمل له ميراث في الحامل ، تأمل جدا فإن ما ذكرته وجه حسن دقيق لم يثنه له الجمهور . ثم أقول : يشكل بهذه المسئلة الوجه الذي ذكر في الكتاب وفي المبسوط من قبل أبي يوسف رحمه الله في المسئلة الأولى في صورة إيهام الإقرار ، فإن مطلق الإقرار لم يصرف هاهنا إلى الإقرار بسبب التجارة بأن يبيع الحمل من المقر له وينحو ذلك من الأسباب الغير الصالحة في حق الحمل بل صرف عندهم جميعا إلى الإقرار بسبب صحيح غير سبب التجارة فلم يتم ما ذكره في ذلك الوجه من أن مطلق الإقرار ينصرف إلى الإقرار بسبب التجارة فيصير كما إذا صرح به فتدبر ، وقد رام جماعة من الشراح بيان الفرق لأبي يوسف بين هذه المسئلة والمسئلة الأولى فقال صاحب الغاية : والفرق لأبي يوسف بين هذه المسئلة حيث جوز الإقرار بالحمل وبين المسئلة الأولى حيث لم يجوز الإقرار للحمل إذا أهبهم الإقرار أن هاهنا طريق التصحيح متعين وهو الوصية ، بخلاف الأولى فإن طريق التصحيح غير متعين لآزدهام الميراث الوصية ، وإلى ذلك أشار محمد في الأصل لأبي يوسف قال : أرأيت لو ولدت غلاما وجارية كيف يقسم المال بينهما ؟ أثلاثا باعتبار الميراث ، أم نصفين باعتبار الوصية ؟ ففيه إشارة إلى أن جواز الإقرار متعذر لاحتماله وجهين إرثا ووصية انتهى . وقال صاحب النهاية : قد ذكرنا آنفا أنه إذا كانت جهة الجواز متعذرة لا يحمل على الجواز لتزاحم جهات الجواز ولم تكن إحداها في الحمل عليها بأولى من الأخرى ، وأما إذا تعينت جهة الجواز فيحمل عليها فيصح الإقرار به كما في هذه المسئلة فإن مزاحمة الميراث الوصية في حق الحمل عليه غير صحيح ، لأن الوارث إذا كان له نصيب في الحمل كان له نصيب أيضا في الأم لشيوع حقه في جميع التركة . وأما الوصية بحمل جارية أو بحمل شاة لا تكون وصية بالأم فتعينت الوصية جهة للجواز فيجوز ، وهذا هو الفرق لأبي يوسف في صحة إقراره مطلقا بحمل جارية لإنسان وعدم صحة إقراره مطلقا للحمل لما ذكرنا أن هناك لصحة إقراره مطلقا جهتين الميراث والوصية ، وليس إحداها أولى من الأخرى فيبقى على البطلان انتهى . وهكذا ذكر الفرق صاحب الكفاية أيضا . أقول : مدار ما ذكره من الفروق على حرفين : أحدهما أن تعدد جهة الجواز ينافي الحمل على الجواز . وثانيهما أن جهة الجواز في هذه المسئلة منحصرة في الوصية ، وقد عرفت ما في كل واحد منهما بما ذكرناه في المقامين فيما مر آنفا (قال) أي القدوري في مختصره (ومن أقرّ بشرط الخيار بطل الشرط) يعني ومن أقرّ لرجل بشيء على أنه بالخيار في إقراره ثلاثة أيام صح الإقرار وبطل الشرط . أما بطلان الشرط وهو الأهم بالبيان فلما ذكره المصنف بقوله (لأن الخيار للفسخ) أي لأجل الفسخ (والإخبار لا يحتمله) أي لا يحتمل الفسخ : يعني أن الإقرار بإخبار والإخبار لا يحتمل الفسخ ، لأن الخبر إن كان صادقا فهو واجب العمل به اختاره أو لم يختره ، وإن كان كاذبا فهو واجب الرد لا يتغير باختباره وعدم اختياره ، وإنما تأثير اشتراط الخيار في العقود ليتغير به صفة العقد ويتخير به من له الخيار بين فسخه وإمضائه ، وأما صحة الإقرار التي حكمها لزوم المقر به كما أشار إليه بقوله (ولزمه المال) أي ولزم المقرّ المال الذي أقرّ به فلما ذكره بقوله (لوجود الصيغة الملزمة) وهي قوله على ونحن ذلك (ولم ينعدم) أي اللزوم ، وقيل : أي الإخبار (بهذا الشرط الباطل) يعني شرط إخبار إذ لا تأثير للباطل ، ولأن الخيار معنى التعليق بالشرط فيما دخل عليه وهو حكم العقد والإقرار لا يحتمل التعليق بالشرط فكل ذلك لا يحتمل اشتراط الخيار ، إلا أن التعليق يدخل على أصل السبب فيمنع كون الكلام إقرارا والخيار يدخل

فلا معتبر باختباره وعدم اختياره ، وإن كان كاذبا لم يتغير باختباره وعدم اختياره ، وإنما تأثيره في العقود لتغير به صفة العقد ويتخير به بين فسخه وإمضائه .

(باب الاستثناء وما في معناه)

قال (ومن استثنى متصلا بإقراره صح الاستثناء ولزمه الباقي) لأن الاستثناء مع الجملة عبارة عن الباقي ولكن لا بد من الاتصال ،

على حكم السبب ، فإذا لغا ببقى حكم الإقرار وهو اللزوم ، كما أن التعليق بالشرط يمنع وقوع الطلاق واشتراط الخيار لا يمنع ، كذا في المبسوط وغيره . قال في المحيط البرهاني : هذا إذا أقرّ بالمال مطلقا ولم يبين السبب ، فأما إذا بين السبب بأن قال لفلان على ألف درهم من قرض أو غصب بعينه أو مستهلك أو ودیعة بعینها أو مستهلكة على أنى بالخيار فالخيار باطل والمال لازم ، لأنه وإن بين السبب إلا أن اشتراط الخيار فيما بين من السبب لا يصح ، لأن سبب الوجوب إن كان استهلاكاً فلاستهلاك بعد تحققه لا يحتمل الفسخ فلا يصح اشتراط الخيار فيه ، وإن كان قرضاً أو غصباً بعينه أو ودیعة بعینها فكذلك لا يصح اشتراط الخيار فيه وإن كان قابلاً للفسخ بالرد لأن حق الفسخ للمقر ثابت من غير خيار بأن يرد ما قبض فيفسخ القرض والغصب فلا يكون في اشتراط الخيار فائدة . ولو قال لفلان على ألف درهم من ثمن مبيع على أن المقر بالخيار لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل في الأصل في جانب المقر ، إنما ذكره في جانب المقر له ولا شك أن المقر له إذا لم يصدق المقر في الخيار لا يثبت له الخيار لأنه في الحاصل يدعى شراء بشرط الخيار وقد أنكر البائع الخيار ، ولا شك أنه يثبت متى صدقه المقر له في ذلك لأن هذا اشتراط الخيار في سبب الوجوب وهو الشراء ، واشتراط الخيار في الشراء مستقيم ، بخلاف ما إذا ذكر المال مطلقا ولم يبين السبب لأن هناك المال مشروط في الإقرار ، واشتراط الخيار في الإقرار لا يستقيم ، فإن كذب المقر له في الخيار فأراد هو أنه يقيم بيته على الخيار لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل في الأصل . قالوا : ويجب أن لا تسمع بيته لأن البيته إنما تسمع إذا ترتبت على دعوى صحيحة ، ودعوى الخيار من المقر هاهنا لم تصح لمكان المناقضة ، إلى هنا لفظ المحيط .

(باب الاستثناء وما في معناه)

لما ذكر موجب الإقرار بلا مغير شرع في بيان موجه مع المغير وهو الاستثناء وما في معناه في كونه مغيرا كالمشروط وغيره لأن الأصل عدم التغير (قال) أى القدورى في مختصره (ومن استثنى متصلا بإقراره) أى موصولا بإقراره لافصولا عنه (صح الاستثناء ولزمه الباقي) أى لزم المقر الباقي بعد الثبوت (لأن الاستثناء مع الجملة) أى مع صدر الكلام (عبارة عن الباقي) فإن معنى قوله على عشرة إلا واحدا معنى على تسعة لما عرف في الأصول (ولكن لا بد من الاتصال) لأن الاستثناء بيان تغير

(باب الاستثناء وما في معناه)

لما ذكر موجب الإقرار بلا مغير شرع في بيان موجه مع المغير وهو الاستثناء وما في معناه في كونه مغيرا وهو الشرط . والاستثناء استفعال من الثنى وهو الصرف وهو متصل ، وهو الإخراج والتكلم بالباقي ، ومنفصل وهو مالا يصح إخراج (قال : ومن استثنى متصلا بإقراره صح استثناءه ولزمه الباقي) أما لزوم الباقي فلأن الاستثناء مع الجملة : أى الصدر عبارة عن الباقي لأن معنى قوله على عشرة إلا درهما معنى قوله على تسعة لما عرف في الأصول . وأما اشتراط الاتصال فإنه قول عامة العلماء . ونقل عن ابن عباس رضي الله عنهما جواز التأخير وقد عرف ذلك أيضا في الأصول ، ولا فصل بين كون المستثنى أقل أو أكثر ، وهو أيضا قول الأكثر . وقال الفراء : استثناء الأكثر لا يجوز لأن العرب لم تتكلم بذلك ، والدليل على جوازه

(باب الاستثناء وما في معناه)

(وسواء استثنى الأقل أو الأكثر ، فإن استثنى الجميع لزمه الإقرار وبطل الاستثناء) لأنه تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا حاصل بعده فيكون رجوعا ،

فيصح بشرط الوصل ، وهذا قول عامة العلماء . ونقل عن ابن عباس رضى الله عنهما جواز التأخير وقد عرف ذلك أيضا في الأصول (وسواء استثنى الأقل) أى الأقل من الباقي كما في قوله لفلان على ألف إلا أربعمئة (أو الأكثر) منه كما في قوله لفلان على ألف إلا ستائة : يعنى لا فصل بين كون المستثنى أقل أو أكثر وهو أيضا قول الأكثر . وفي العناية : وقال الفراء : استثناء الأكثر لا يجوز لأن العرب لم تتكلم بذلك . وفي معراج الدراية : وقال الفراء : لا يجوز استثناء الأكثر من الأقل . وعن أحمد مثله انتهى . وفي الكافي وعن أبي يوسف وهو قول مالك والفراء : إنه لا يصح استثناء الأكثر انتهى . ويوافق ما ذكره شيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوطه حيث قال : وأما إذا قال لفلان على ألف إلا تسعمائة وخمسين درهما فإن الاستثناء يصح ويكون عليه خمسون درهما ، وهذا عندنا وعند مالك والفراء ، وهو قول أبي يوسف على ما روى عنه في غير رواية الأصول لا يصح استثناء الأكثر ويلزمه الألف لأن المستثنى أكثر من المستثنى منه انتهى . قال جماعة من الشراح : والدليل على جواز ذلك عندنا قوله تعالى - قم الليل إلا قليلا - نصفه أو انقص منه قليلا أو زد عليه - أقول : في كون هذه الآية الكريمة دليلا على جواز استثناء الأكثر نظر ، لأن صاحب الكشاف قال في تفسيرها : نصفه بدل من الليل ، وإلا قليلا استثناء من النصف ، كأنه قال : قم أقل من نصف الليل ، ثم قال : وإن شئت جعلت نصفه بدلا من قليلا ، فعلى كلا الوجهين لم يكن الاستثناء المذكور من قبيل استثناء الأكثر ، أما على الوجه الأول فلأن المستثنى لا يكون حينئذ قدرا معينا مخصوصا حتى يحكم بأنه أكثر من الباقي . نعم يعلم حينئذ أنه أقل من النصف لكن يجوز أن يكون ذلك أقل من الباقي أيضا ، وأما على الوجه الثاني فلأن المستثنى يكون حينئذ والنصف لا الأكثر ، والمبدعى جواز استثناء الأكثر ، فالأظهر في الاستدلال عليه ما ذكر في كثير من الشروح ، وهو أن طريق صحة الاستثناء أن يجعل عبارة عما وراء المستثنى ، ولا فرق في ذلك بين استثناء الأقل والأكثر ، وعدم تكلم العرب به لا يمنع صحته إذا كان موافقا لطريقهم ؛ ألا يرى أن استثناء الكسر لم تتكلم به العرب وكان صحيحا ، ويوافقه ما ذكره صاحب البدائع حيث قال : وأما استثناء الكثير من القليل بأن قال لفلان على عشرة دراهم إلا تسعة فجائز في ظاهر الرواية ويلزمه درهم ، إلا ما روى عن أبي يوسف أنه لا يصح وعليه العشرة . والصحيح جواب ظاهر الرواية لأن المنقول عن أئمة اللغة أن الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا ، وهذا المعنى كما يوجد في استثناء القليل من الكثير يوجد في استثناء الكثير من القليل ، إلا أن هذا النوع من الاستثناء غير مستحسن عند أهل اللغة لأنهم إنما وضعوا الاستثناء لحاجتهم إلى استدراك الغلط ، ومثل هذا الغلط ينذر وقوعه غاية الندرة فلا حاجة إلى استدراكه لكنه يحتمل الوقوع في الجملة فيصح ، انتهى كلامه . ثم إن لجواز استثناء الأكثر دليلا آخر قويا ذكره ابن الحاجب في مختصره من أصول الفقه ، وهو قوله تعالى - إن عبادى ليس لك عليهم سلطان إلا من اتبعك من الغاوين - فإن الغاوين أكثر بدليل قوله تعالى - وما أكثر الناس ولو حرصت بمؤمنين - (فإن استثنى الجميع) أى الكل بأن قال لفلان على ألف درهم إلا ألف درهم (لزمه الإقرار) أى لزم المقر جميع ما أقر به (وبطل الاستثناء) أى بطل ما ذكره في صورة الاستثناء (لأنه) أى لأن الاستثناء (تكلم بالحاصل بعد الثنيا) أى بالباقي بعد الثنيا (ولا حاصل بعده) أى ولا باقى بعد استثناء الجميع فلم يتحقق معنى الاستثناء (فيكون رجوعا) أى فيكون ما ذكره في صورة الاستثناء رجوعا

قوله تعالى - قم الليل إلا قليلا نصفه أو انقص منه قليلا أو زد عليه - واستثناء الكل باطل لما ذكرنا أنه تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا حاصل بعد الكل فيكون رجوعا ، والرجوع عن الإقرار باطل موصولا كان أو مفصولا ، فإن استثنى الجميع لزمه الإقرار وبطل الاستثناء ، وهذا إذا كان الاستثناء بعين ذلك اللفظ ، أما إذا كان بغير ذلك اللفظ فإنه يصح . قال المصنف في الباب الأول

(قوله قوله تعالى - قم الليل إلا قليلا نصفه -) أقول : قوله نصفه بدل من قليلا .

وقد مر الوجه في الطلاق .

عن الإقرار لاحالة لا استثناء حقيقيا ، والرجوع عن الإقرار في حقوق العباد باطل وإن كان موصولا ، لأنه إنما يصح موصولا ما يكون فيه معنى البيان لأول كلامه ، والإبطال ليس من البيان في شيء ، كذا في المبسوط وغيره . قال في غاية البيان : وكذلك إذا استثنى أكثر من الألف لأنه لما لم يجر استثناء الألف من الألف فلا يجوز استثناء الألف وزيادة أولى . قال المصنف (وقد مر الوجه في الطلاق) أي في فصل الاستثناء من كتاب الطلاق . اعلم أن هذا الذي ذكره فيما إذا كان المستثنى من جنس لفظ المستثنى منه ، وأما إذا كان من غير جنسه صحح الاستثناء وإن أتى على جميع المستثنى منه نحو أن يقول نسائي طوائق إلا هؤلاء وليس له نساء إلا هؤلاء يصحح الاستثناء ولم تطلق واحدة منهم ، ولو قال نسائي طوائق إلا نسائي لم يصحح الاستثناء وطلقن كلهن ، وكذا لو قال عبيدي أحرار إلا عبيدي لم يصحح الاستثناء وعتقوا كلهم ، ولو قال عبيدي أحرار إلا هؤلاء وليس له عبيد غير هؤلاء لم يعتق واحد منهم ، وكذلك لو قال أوصيت بثلث مالى إلا ألف درهم ومات وثلث ماله ألف درهم صحح الاستثناء وبطلت الوصية ، ولو قال أوصيت بثلث مالى لفلان إلا ثلث مالى كان للموصى له ثلث ماله ولا يصحح الاستثناء ، كذا في شرح الطحاوى . ولقد أفصح المصنف عن هذا في الباب الأول من أيمان الزيادات حيث قال : استثناء الكل من الكل إنما لا يصح إذا كان الاستثناء بعين ذلك اللفظ ، أما إذا كان بغير ذلك اللفظ فيصح كما إذا قال نسائي طوائق إلا نسائي لا يصح الاستثناء ، ولو قال إلا عمرة وزينب وسعاد حتى أتى على الكل صحح انتهى . وقال صاحب النهاية بعد نقل ذلك هاهنا : وهذا الفقه وهو أن الاستثناء تصرف لفظي فيبتنى على صحة اللفظ لاعلى صحة الحكم ؛ ألا يرى أنه إذا قال لامرأته أنت طالق ست طلاقات إلا أربعا يصحح الاستثناء حتى يقع تطليقتان ، وإن كانت الست لا صحة لها من حيث الحكم لأن الطلاق لا مزيد له على الثلاث ومع هذا لا يجعل كأنه قال أنت طالق ثلاثا إلا أربعا لما ذكرنا أن صحة الاستثناء تتبع صحة اللفظ دون الحكم . وتحقيقه هو أن الاستثناء متى وقع بغير اللفظ الأول فهو يصلح لإخراج بعض ما تناوله صدر الكلام أو للتكلم بالحاصل بعد الثنيا لأنه إنما صار كلا ضرورة عدم ملكه فيما سواه لا لأمر يرجع إلى ذات اللفظ ويتصور أن يدخل في ملكه غير هذه الجوارى أو العبيد ، وإذا كان كذلك صحح الاستثناء ، بخلاف ما إذا وقع الاستثناء بعين ذلك اللفظ لأنه لا يصلح لإخراج بعض ما تناوله ولا للتكلم بالحاصل بعد الثنيا فلم يصحح الاستثناء ، انتهى كلامه . واقتضى أثره صاحب الكفاية في بيان الفقه والتحقيق بعين تحريره وصاحب العناية أيضا ولكن بتغيير أسلوب تحريره . أقول : التحقيق الذى ذكره مما لا يساعده لفظ المصنف في الزيادات ، لأن قولهم إن الاستثناء متى وقع بغير اللفظ الأول فهو يصلح لإخراج بعض ما تناوله صدر الكلام أو للتكلم بالحاصل بعد الثنيا إنما يتمشى عند كون غير اللفظ الأول أخص من اللفظ الأول بحسب المفهوم ، وأما عند كونه مساويا له بحسب المفهوم كما لو قال نسائي كذا إلا حلائلى أو إلا أزواجى ، أو كونه أعم منه بحسبه كما لو قال هؤلاء طوائق إلا نسائي فلا يتمشى ذلك

من أيمان الزيادات : استثناء الكل من الكل إنما لا يصح إذا كان المستثنى بعين ذلك اللفظ ، أما إذا كان بغير ذلك فيصح كما إذا قال نسائي طوائق إلا نسائي لا يصحح الاستثناء ، ولو قال إلا عمرة وزينب وسعاد حتى أتى على الكل صحح . قيل : وتحقيق ذلك أن الاستثناء إذا وقع بغير اللفظ الأول أمكن جعله تكليما بالحاصل بعد الثنيا ، لأنه إنما صار كلا ضرورة عدم ملكه فيما سواه لا لأمر يرجع إلى اللفظ ، فبالنظر إلى ذات اللفظ أمكن أن يجعل المستثنى بعض ما تناوله الصدر والامتناع من خارج ، بخلاف ما إذا كان بعين ذلك اللفظ فإنه لا يمكن جعله تكليما بالحاصل بعد الثنيا . فإن قيل : هذا ترجيح جانب اللفظ على المعنى وإهمال المعنى رأسا فما وجه ذلك ؟ أجيب بأن الاستثناء تصرف لفظي ، ألا ترى أنه إذا قال أنت طالق ست طلاقات إلا أربعا صحح الاستثناء ووقع طليقتان ، وإن كان الست لا صحة لها من حيث الحكم لأن الطلاق لا يزيد على الثلاث ، ومع هذا لا يجعل

(ولو قال له على مائة درهم إلا دينارا أو إلا قفيز حنطة لزمه مائة درهم إلا قيمة الدينار أو القفيز) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف (ولو قال له على مائة درهم إلا ثوبا لم يصح الاستثناء. وقال محمد: لا يصح فيهما) وقال الشافعي: يصح فيهما. لمحمد أن الاستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ، وهذا لا يتحقق في خلاف الجنس. وللشافعي أنهما اتحدا جنسا من حيث المالية.

قطعا. وقول المصنف في الزيادات: أما إذا كان بغير ذلك اللفظ فيصح بتناول ما كان مساويا له وما كان أعم منه أيضا لأن كل واحد منهما غير ذلك اللفظ لاعتينه فيقتضى أن يصح الاستثناء فيهما أيضا، وليس الأمر كذلك كما صرحوا به. قال في التوضيح بعد أن قال الاستثناء المستغرق باطل. وأصحابنا قيدوه بلفظه أو بما يساويه نحو عبيدي أحرار إلا عبيدي أو إلا مملوكي لكن إذا استثنى بلفظ يكون أخص منه في المفهوم لكن في الوجود يساويه يصح نحو عبيدي أحرار إلا هؤلاء ولا عبيد له سواهم انتهى. وقال بعض الأفاضل في أصوله بعد أن قال الاستثناء المستغرق باطل بالاتفاق: وقال مشايخنا: هذا إذا كان بلفظه نحو نسائي طوالت إلا نسائي، أو بما يساويه نحو نسائي طوالت إلا حلالتي أو بأعم منه، وإن استثنى بلفظ يكون أخص منه في المفهوم يصح وإن كان يساويه في الوجود نحو نسائي طوالت إلا زينب وهند وبكرة وعمرة أو إلا هؤلاء ولا نساء له سواهن حتى لا تطلق واحدة منهن، انتهى كلامه. وقد ذكرنا فيما مر نقلا عن غاية البيان عدم صحة الاستثناء فيما إذا كان المستثنى أكثر من المستثنى منه: أي أعم منه (ولو قال له على مائة درهم إلا دينارا أو إلا قفيز حنطة لزمه مائة درهم إلا قيمة الدينار أو القفيز) هذا لفظ القدوري في مختصره يعني يصح الاستثناء وي طرح من المائة قيمة الدينار أو قيمة قفيز الحنطة. قال المصنف (وهذا) أي الحكم المذكور (عند أبي حنيفة وأبي يوسف) استحسانا (ولو قال له على مائة) أي مائة درهم (إلا ثوبا لم يصح الاستثناء) قياسا واستحسانا باتفاق أصحابنا (وقال محمد: لا يصح فيهما) أي في الوجهين وهو القياس، وبه قال زفر وأحمد (وقال الشافعي: يصح فيهما) أي في الوجهين، وبه قال مالك (لمحمد أن الاستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ) يعني أن الاستثناء تصرف في اللفظ وهو لإخراج بعض ما تناوله صدر الكلام على معنى أنه لولا الاستثناء لكان المستثنى داخلا تحت صدر الكلام (وهذا) المعنى (لا يتحقق في خلاف الجنس) أي في استثناء خلاف الجنس وإطلاق الاستثناء على المقطع بطريق الحجاز (وللشافعي أنهما) أي المستثنى والمستثنى منه (اتحدا جنسا من حيث المالية) يعني أن الشرط اتحاد الجنس وهو موجود من حيث المالية فانتفى المانع بعد تحقق مقتضى وهو التصرف اللفظي. قال في الكافي: والكلام مع الشافعي بناء على الاختلاف في كيفية عمل الاستثناء، فعنده الاستثناء يمنع الحكم بطريق المعارضة: أي إنما امتنع ثبوت الحكم في المستثنى للدليل معارض كدليل الخصوص في العام، فتقدير قوله لفلان على عشرة إلا درهما فإنه ليس على تقديم لزوم الدرهم للدليل المعارض لأول كلامه لا لأنه يصير بالاستثناء كأنه لم يتكلم به، لأن أهل اللغة أطبقوا أن الاستثناء من النفي إثبات ومن الإثبات نفي، وهذا إجماع منهم أن للاستثناء حكما يعارض به حكم الصدر، ولأن كلمة الشهادة كلمة توحيد بالاتفاق، فلو لم يكن للاستثناء حكم يصادف حكم الصدر لكان هذا نفيا للشركة لا توحيدا، فإذا ثبت هذا الأصل فقال العمل بدليل المعارض واجب بحسب الإمكان وقد أمكن هنا للمجانسة من

سكانه قال أنت طالت ثلاثا إلا أربعا فكان اعتباره أولى. ولو قال له على مائة درهم إلا دينارا أو إلا قفيز حنطة صح عند أبي حنيفة وأبي يوسف ولزمه مائة إلا قيمة الدينار أو القفيز خلافا لمحمد. ولو قال له على مائة إلا ثوبا لم يصح عندنا خلافا للشافعي. وقوله (فيهما) أي في قول محمد والشافعي يعود إلى المقدر وغيره، لأن الكلام السابق يشتمل على الدينار والقفيز وذلك مقدر وعلى الثوب وهو غير مقدر. لمحمد أن الاستثناء إخراج ما لولاه لدخل تحت اللفظ وذلك لا يتحقق في خلاف الجنس وهذا هو القياس. وللشافعي أن الشرط اتحاد الجنس وهو موجود من حيث المالية فانتفى المانع بعد تحقق مقتضى وهو (قال المصنف: لدخل تحت اللفظ) أقول: فاعل دخل فمير المستثنى المفهوم من الاستثناء فيكون المرجع حكيا، ويجوز أن يعود إلى الاستثناء مرادا به المستثنى على طريقة الاستخدام.

ولهما أن المجانسة في الأول ثابتة من حيث الثمنية ،

حيث المالية . وعندنا الاستثناء يمنع التكلم بحكمه بقدر المستثنى فيصير كالتكلم بما وراء المستثنى ، ويخرج كلامه في القدر المستثنى من أن يكون إيجابا لقوله تعالى - فلبث فيهم ألف سنة إلا خمسين عاما - وامتناع ثبوت الحكم لقيام الدليل المعارض يكون في الإيجاب لافي الإخبار ، وقد قال أهل اللغة قاطبة : إن الاستثناء استخراج وتكلم بالباقي بعد الثنيا فنجمع بين القولين ونقول إنه استخراج وتكلم بالباقي بوضعه وإثبات ونفى بإشارته ، واختير الإثبات في كلمة التوحيد إشارة والنفي قصدا لأنه المقصود ، إذ الكفار يقرّون به إلا أنهم يشركون معه غيره ، قال الله تعالى - ولئن سألتهم من خلق السموات والأرض ليقولنّ الله - فإذا ثبت هذا الأصل فنقول الخ . وسلك صاحب النهاية هذا المسلك في حل هذا المقام إلا أنه قال في أثناء تقرير كلام الشافعي بعد قوله يجب العمل بالدليل المعارض بحسب الإمكان . فإن كان المستثنى من جنس المستثنى منه كان الدليل المعارض في العين فيمتنع العمل بقدره ، وإن لم يكن من جنسه كان الدليل المعارض باعتبار القيمة فيمتنع ثبوت الحكم بقدر قيمة المستثنى ، وقد اقتنى أثره بعض الشراح . وقال صاحب العناية : وكلام المصنف كما ترى يشير إلى أن المجانسة بين المستثنى والمستثنى منه شرط عند الشافعي أيضا وهو الحق ، وقرّر الشارحون كلامه على أنها ليست بشرط بناء على أن الاستثناء عنده يعارض الصدر وليس من شرطه المجانسة ، وليس بصحيح لأنه يقول بالإخراج بعد الدخول بطريق المعارضة ، ونحن نقول بأن الاستثناء لبيان أن الصدر لم يتناول المستثنى فهو أحوج إلى إثبات المجانسة لأجل الدخول منا ، انتهى كلامه . أقول : لم يقل أحد من الشارحين بأن المجانسة بين المستثنى والمستثنى منه ليست بشرط عند الشافعي سوى صاحب الغاية فإنه قال خلافا للشافعي ، لأن الاستثناء كلام آخر يعارض الصدر بحكمه وليس من شرطه المجانسة ، ألا ترى إلى قوله :

وبلسدة ليس بها أنيس إلا اليعافير وإلا العيس

قد استثنى من خلاف الجنس انتهى . وأما ما قاله صاحب النهاية ومن تبعه من أنه إن كان المستثنى من جنس المستثنى منه كان الدليل المعارض في العين وإن لم يكن من جنسه كان الدليل المعارض باعتبار القيمة فليس بدالّ على ذلك ، لأن المراد بالجنس في قولهم إن كان المستثنى من جنس المستثنى منه كان الدليل المعارض في العين ما هو جنس صورة ومعنى لا مطلق الجنس الشامل لما هو جنس معنى فقط وإلا لم يتم قولهم كان الدليل المعارض في العين كما لا يخفى على المتأمل ، فكان المراد بالجنس في قولهم وإن لم يكن من جنسه ما هو جنس صورة ومعنى أيضا فالمفهوم منه انتفاء المجانسة بهذا المعنى في بعض مواد الاستثناء ، وهذا لا ينافي كون المجانسة في الجملة شرطا عند الشافعي أيضا في جميع مواد الاستثناء كما بين الدرهم والثوب من حيث المالية ، يقول الشارح الأكل : قرّر الشارحون كلامه على أنها ليست بشرط ليس بتام (ولهما) أى لأبي حنيفة وأبي يوسف (أن المجانسة في الأول) أى في الوجه الأول وهو قوله له على مائة درهم إلا دينارا وإلا ففيز حنطة (ثابتة من حيث الثمنية) يعنى أن شرط الاستثناء المتصل بالمجانسة وهى في الوجه الأول ثابتة من حيث الثمنية دون الوجه الثاني وهو قوله على مائة درهم إلا ثوبا . قال في العناية : وتحقيقه أن عدم تناول الدراهم غيرها لفظا لا يرتاب فيه أحد ، وإنما الكلام في تناولها إياه حكما ، فقلنا بتناول ما كان على أخص

التصرف اللفظي ، وكلام المصنف كما ترى يشير إلى أن المجانسة بين المستثنى والمستثنى منه شرط عند الشافعي أيضا وهو الحق ، وقرّر الشارحون كلامه على أنها ليست بشرط بناء على أن الاستثناء عنده يعارض الصدر وليس من شرطه المجانسة ، وليس بصحيح لأنه يقول بالإخراج بعد الدخول بطريق المعارضة ، ونحن نقول : إن الاستثناء لبيان أن الصدر لم يتناول المستثنى فهو أحوج إلى إثبات المجانسة لأجل الدخول منا . ولأبي حنيفة وأبي يوسف أن شرط الاستثناء المتصل بالمجانسة وهى في المقدرات ثابتة . وتحقيقه أن عدم تناول الدراهم غيرها لفظا لا يرتاب فيه أحد ، وإنما الكلام في تناولها إياه حكما ، فقلنا بتناول ما كان على أخص أو صافها الذى هو الثمنية وهو الدنانير والمقدرات والعددى المتقارب . أما الدنانير فظاهرة ، وأما المقدرات فلأنها أثمان بأوصافها ؛ فلأنها إذا وصفت تثبت في الدمة حالا أو مؤجلا وجاز الاستقراض بها ، وأما العددى المتقارب فلأنه بمنزلة

وهذا في الدينار ظاهر. والمكيل والموزون أو صافهما أثمان ؛ أما الثوب فليس بثمن أصلا ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة وما يكون ثمننا صلح مقدرا بالدرهم فصار بقدره مستثنى من الدراهم ، وما لا يكون ثمننا لا يصلح مقدرا فبقى المستثنى من الدراهم مجهولا فلا يصح .

أو صافها الذي هو الثنية وهو الدنانير والمقدرات والعددي المتقارب (أما الدينار فظاهر) يعنى أما ثبوت المجانسة من حيث الثنية في صورة استثناء الدينار في الوجه الأول فظاهر ، لأن كلا من الدينار والدرهم من جنس الأثمان من حيث الذات بلا اشتباه (والمكيل والموزون أو صافهما أثمان) يعنى وأما ثبوت المجانسة من حيث الثنية في صورة استثناء قفيز حنطة في الوجه الأول فلأن المكيل والموزون أو صافهما أثمان . توضيحه أن المكيلات والموزونات أثمان بأوصافهما وإن لم تكن أثمانا من حيث الذات ، حتى لو عينت في العقد يتعلق العقد ببعضها إلا أنها إذا وصفت بثبت في الذمة حالا وموجلا ويموز الاستقراض بها فكانت في حكم الثبوت في الذمة كجنس واحد معنى وإن كانت أجناسا صورة والاستثناء استخراج وتكلم بالباقي معنى لا صورة ، لأنه تكلم بالمائة صورة ، كذا في الكافي والشروح (أما الثوب) في الوجه الثاني (فليس بثمن أصلا) أى لا ذاتا ولا وصفا (ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة) بل يثبت سلما أو ما هو بمعنى السلم كالبيع بثياب موصوفة موجلا فلم يكن استثناءه من الدراهم استخراجا صورة ولا معنى فكان باطلا (وما يكون ثمننا صلح مقدرا) بكسر الدال على صيغة اسم الفاعل (للدراهم) أى لما دخل تحت المستثنى من الدراهم لحصول المجانسة بينهما باشتراكهما في أخص الأوصاف (فصار بقدره مستثنى من الدراهم) بقيمته فصار تقدير الكلام له على مائة إلا قدر قيمة المستثنى . وفي الذخيرة : إذا صح الاستثناء يطرح قيمة المستثنى عن المقر به ، وإن كانت قيمة المستثنى تستغرق ما أقر به لا يلزمه شيء (وما لا يكون ثمننا لا يصلح مقدرا) للدراهم لعدم المجانسة (فبقى الاستثناء من الدراهم مجهولا) وفي بعض النسخ : فبقى المستثنى من الدراهم مجهولا (فلا يصح) أى الاستثناء فيجبر على البيان ولا يمتنع به صحة الإقرار لما تقرر أن جهالة المقر به لا تمنع صحة الإقرار ، ولكن جهالة المستثنى تمنع صحة الاستثناء لأن جهالة المستثنى تورث جهالة في المستثنى منه فبقى المقر به مجهولا ، كذا في النهاية ومعراج الدراية . قال في العناية : ولقائل أن يقول : ما ليس بثمن لا يصلح أن يكون مقدرا من حيث اللفظ ومن حيث القيمة ، والأول مسلم وليس الكلام فيه ، والثاني ممنوع فإن المقدرات تقدر الدراهم من حيث القيمة . والجواب أن التقدير الاستثنائي يقتضى حقيقة التجانس أو معناه بما ذكرنا من حيث أخص الأوصاف استحسانا فلا بد من تقدير التجانس ، ثم المصير إلى القيمة وليس ذلك في غير المقدرات انتهى أقول : بقى هاهنا كلام آخر ، وهو أنهم صرحوا بأن ما يكون ثمننا بوصفه كالمكيل والموزون إنما يكون ثمننا وأجبا في الذمة بسبب الوصف كالحنطة الربيعية والخريفية لاسبب الذات والعين ، حتى لو عين يتعلق العقد بعينه فيكون بيع مقايضة ولا يجب في الذمة ، ولو وصف ولم يعين صار حكمه كحكم الدينار والدرهم فيجب في الذمة ، فالظاهر أن مثل هذا إنما يصلح أن يكون مقدرا للدراهم إذا كان موصوفا لا مطلقا ، وفي مسئلتنا هذه لم يوصف قفيز حنطة بشيء فلا يصلح أن يكون مقدرا للدراهم فبقى

المثل في قلة التفاوت ، وما كان ثمننا صلح مقدرا لما دخل تحت المستثنى من الدراهم لحصول المجانسة بينهما باشتراكهما في أخص الأوصاف فصار بقدره مستثنى من الدراهم بقيمته ، وأما الثوب فليس بثمن أصلا ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة بل يثبت سلما أو ما هو بمعنى السلم كالبيع بثياب موصوفة ، وما ليس بثمن لا يصلح مقدرا للدراهم لعدم المجانسة فبقى الاستثناء من الدراهم مجهولا ، وجهالة المستثنى توجب جهالة المستثنى منه فلا يصح الاستثناء . ولقائل أن يقول : ما ليس بثمن لا يصلح مقدرا من حيث اللفظ أو القيمة والأول مسلم وليس الكلام فيه ، والثاني ممنوع فإن المقدرات تقدر الدراهم من حيث القيمة . والجواب أن التقدير الاستثنائي يقتضى حقيقة التجانس أو معناه بما ذكرنا من حيث أخص الأوصاف استحسانا فلا بد من تقدير التجانس ثم المصير إلى القيمة وليس ذلك في غير المقدرات . قال (ومن أقر بحق وقال إن شاء الله الخ) . ومن قال لفلان على مائة درهم إن شاء الله لم يلزمه الإقرار ، لأن الاستثناء بمشيئة الله إما بإبطال كما هو مذهب أبي يوسف أو هو تعليق كما هو مذهب محمد ،

قال (ومن أقرّ بحق وقال إن شاء الله متصلا) بإقراره (لم يلزمه الإقرار) لأن الاستثناء بمشئته الله إما إبطال أو تعليق ؛ فإن كان الأول فقد بطل ، وإن كان الثاني فكذلك ، إما لأن الإقرار لا يحتمل التعليق بالشرط ، أو لأنه شرط لا يوقف عليه كما ذكرنا في الطلاق ،

المستثنى من الدراهم مجهولا في هذا الوجه أيضا فينبغي أن لا يصح الاستثناء في قوله إلا قفيز حنطة فليتأمل في الجواب (قال) أى القدورى في مختصره (ومن أقرّ بحق وقال إن شاء الله متصلا بإقراره لم يلزمه الإقرار) قال في الباب الأول من إقرار المبسوط : ولو قال غصبتك هذا العبد أمس إن شاء الله لم يلزمه شيء استحسانا . وفي القياس استثناءه باطل ، لأن ذكر الاستثناء بمنزلة ذكر الشرط ، وذلك إنما يصح في الإنشاءات دون الإخبارات ، ولكن استحسانا لأن الاستثناء مخرج للكلام من أن يكون عزيمة لا أن يكون في معنى الشرط ، فإن الله تعالى أخبر عن موسى عليه السلام حيث قال - ستجدنى إن شاء الله صابرا - ولم يصبر ولم يعاتب على ذلك ، والوعد من الأنبياء كالعهد من غيرهم ، فدل على أن الاستثناء مخرج للكلام من أن يكون عزيمة . وقال صلى الله عليه وسلم « من استثنى فله نفيه » والإقرار لا يكون ملزما إلا بكلام هو عزيمة ، لكن إنما يعمل الاستثناء إذا كان موصولا بالكلام لا إذا كان مفصولا عنه ، فإن المفصول بمنزلة النسخ . والتبديل والمقر لا يملك ذلك في إقراره فكذا لا يملك الاستثناء المفصول ، وهذا بخلاف الرجوع عن الإقرار فإنه لا يصح وإن كان موصولا لأن رجوعه نفي لما أثبتته فكان تناقضا منه ، والتناقض لا يصح مفصولا كان أو موصولا . أما هذا فيان تغيير وبيان التغيير يصح موصولا لمفصولا بمنزلة التعليق بالشرط انتهى ما في المبسوط . قال المصنف في تحليل مسئلة الكتاب (لأن الاستثناء بمشئته الله إما إبطال) كما هو مذهب أبى يوسف (أو تعليق) كما هو مذهب محمد كذا ذكره الإمام قاضيه خان في طلاق الجامع الكبير واختاره بعض شراح هذا الكتاب . وقيل الاختلاف على العكس كما ذكر في طلاق الفتاوى الصغرى والتممة واختاره بعض آخر من شراح هذا الكتاب . وثمرة الخلاف تظهر كما فيما إذا قدم المشئته فقال : إن شاء الله أنت طالق عند من قال إنه إبطال لا يقع الطلاق ، وعند من قال إنه تعليق يقع لأنه إذا قدم بشرط ولم يذكر حرف الجزاء لم يتعلق وبقي الطلاق من غير شرط فيقع ، وكيفما كان لم يلزمه الإقرار كما بينه المصنف بقوله (فإن كان الأول) وهو الإبطال (فقد بطل ، وإن كان الثاني) وهو التعليق (فكذلك) ، إما لأن الإقرار لا يحتمل التعليق بالشرط (لأن الإقرار إخبار عما سبق والتعليق إنما يكون بالنسبة إلى المستقبل وبينهما منافاة ولأنه إخبار متردد بين الصدق والكذب ، فإن كان صدقا لا يصير كذبا بفوات الشرط ، وإن كان كذبا لا يصير صدقا بوجود الشرط فلغا تعليقه بالشرط (أو لأنه شرط لا يوقف عليه) أى لا يطلع عليه ، فإن وقوع مشئته الله تعالى بما لا يكاد يطلع عليه أحد ، والتعليق بما لا يوقف عليه غير صحيح لأنه يكون إعداما من الأصل (كما ذكرنا في الطلاق) أى في فصل الاستثناء من كتاب الطلاق . ولو قال لفلان على ألف إن شاء فلان فقال فلان قد شئت فهذا إقرار باطل ، لأنه علقه بشرط في وجوده خطر ، والإقرار لا يحتمل التعليق بالخطر لأن التعليق بما فيه خطر يمين والإقرار لا يحلف به ، ولأنه إخبار متردد بين الصدق والكذب ، فإن كان صدقا لا يصير كذبا بفوات الشرط ، وإن كان كذبا لا يصير صدقا بوجود الشرط فلا يليق التعليق به أصلا ، إنما التعليق بما هو إيجاب ليتبين به أنه ليس بإيقاع ما لم يوجد الشرط ، وكذلك كل إقرار علق بالشرط أو بالخطر نحو قوله إن دخلت الدار أو إن

وثمرة الخلاف تظهر فيما إذا قدم المشئته فقال إن شاء الله أنت طالق . عند أبى يوسف لا يقع الطلاق لأنه إبطال ، وعند محمد يقع لأنه تعليق ، فإذا قدم الشرط ولم يذكر حرف الجزاء لم يتعلق وبقي الطلاق من غير شرط وقوع ، وكيفما كان لم يلزمه الإقرار لأنه إن كان الأول فقد بطل ، وإن كان الثاني فكذلك ، إما لأن الإقرار لا يحتمل التعليق بالشرط لأن الإقرار إخبار عما

(قال المصنف : إما لأن الإقرار لا يحتمل التعليق بالشرط) أقول : في الكافي : وكان ينبغي أن يجب المال كما في شرط الخيار ، إلا أن التعليق يدخل على أصل السبب فيستنتج كون الكلام إقرارا ، والخيار يدخل على حكم السبب ، فإذا ألغى الخيار بقى حكم الإقرار بناء على السبب له .

بخلاف ما إذا قال لفلان على مائة درهم إذا مت أو إذا جاء رأس الشهر أو إذا أفطر الناس لأنه في معنى بيان المدة فيكون تأجيلا لا تعليقا ، حتى لو كذبه المقر له في الأجل يكون المال حالا . قال (ومن أقر بدار واستثنى بناءها لنفسه فلمقر له الدار والبناء) لأن البناء داخل في هذا الإقرار معنى لالفظا ، والاستثناء تصرف في الملفوظ ،

مطرت السماء أو إن هبت الريح أو إن قضى الله تعالى أو إن أراد أو رضيه أو أحبه أو قدره أو يسره أو إن بشرت بولد أو إن أصبت مالا أو إن كان كذلك أو إن كان حقا فهذا كله مبطل للإقرار إذا وصله بالكلام للمعنى الذى ذكرنا ، كذا في النهاية نقلا عن المبسوط ، وفي غاية البيان نقلا عن شرح الكافي للحاكم الشهيد (بخلاف ما إذا قال لفلان على مائة درهم إذا مت أو إذا جاء رأس الشهر أو إذا أفطر الناس لأنه في معنى بيان المدة) وذلك من حيث العرف لأن الناس يعتادون بذكر هذه الأشياء محل الأجل فحسب ، لأن الدين المؤجل يصير حالا بالموت ومحى رأس الشهر والفطر من آجال الناس فتركت الحقيقة للعرف (فيكون تأجيلا) أى فيكون ذكر هذه الأشياء منه تأجيلا : أى دعوى الأجل إلى الأوقات المذكورة (لا تعليقا) أى لا يكون تعليقا بالشرط (حتى لو كذبه المقر له في الأجل يكون المال حالا) لأن دعوى الأجل من المقر غير مقبولة عندنا إلا أن يشته بالبيئة أو يصدقه المقر له كما تقدم (قال) أى القدورى في مختصره (ومن أقر بدار واستثنى بناءها لنفسه) بأن قال هذه الدار لفلان إلا بناءها (فلمقر له الدار والبناء لأن البناء داخل في هذا الإقرار معنى) أى تبعا (لا لفظا) أى لا مقصودا باللفظ ، لأن البناء وصف في الدار والوصف يدخل تبعا لا مقصودا ، ولهذا لو استحق البناء قبل القبض في بيع الدار لا يسقط شيء من الثمن بمقابلته بل يتخير المشتري (والاستثناء تصرف في الملفوظ) يجعل الملفوظ عبارة عما وراء المستثنى ، فما لا يتناول اسم الدار لا يتحقق فيه عمل الاستثناء ، كذا قالوا . أقول : هذا وإن كان موافقا لما ذكره المصنف وغيره في كتاب الأيمان من أن الدار اسم للعروة عند العرب والعجم والبناء وصف فيها إلا أنه مخالف لما ذكر في كتب اللغة ، فإنه قال في المغرب : الدار اسم جامع للبناء والعروة . وقال في القاموس : الدار المحل الذى يجمع البناء والعروة ، ولا يخفى أن الظاهر المتبادر من ذلك أن تكون الدار اسما لمجموع البناء

سبق والتعليق إنما يكون بالنسبة إلى المستقبل وبينهما منافاة ، وإما لأنه شرط لا يوقف عليه والتعليق به غير صحيح وقد تقدم في الطلاق ، بخلاف ما إذا قال لفلان على مائة درهم إذا مت أو إذا جاء رأس الشهر أو إذا أفطر الناس ، لأنه ليس بتعليق بل هو بيان المدة فيكون ذلك منه دعوى الأجل إلى الوقت المذكور ، حتى لو كذبه المقر له في الأجل كان المال حالا عندنا كما تقدم . قال (ومن أقر بدار واستثنى بناءها لنفسه الخ) ومن قال هذه الدار لفلان إلا بناءها فإنه في فلمقر له الدار والبناء لأن البناء لم يتناول لفظ الدار مقصودا ، والاستثناء لبيان أن المستثنى من متناول لفظ المستثنى منه مقصودا ولم يدخل تحته ، فالبناء لا يكون مستثنى ، أما أن لفظ الدار لم يتناول البناء مقصودا فلأنه يدخل فيه تبعا ، ولهذا لو استحق البناء قبل القبض لا يسقط شيء من الثمن بمقابلته بل يتخير المشتري . وأما أن الاستثناء لبيان ذلك فلأنه تصرف لفظى وقد تقدم ذلك ، والفص في الخاتم والنخلة في البستان نظير البناء في الدار لأنها تدخل فيه تبعا لا لفظا . ولو قال هذه الدار لفلان إلا ثلثها أو إلا بيتا منها فهو كما قال ، لأن ذلك داخل فيه لفظا ومقصودا ، حتى لو استحق البيت في بيع الدار سقط حصته من الثمن . ولو قال هذه الدار لفلان وهذا البيت لى كان الكل للمقر له لأنه أقر بكلها ثم ادعى شيئا منها بعد ذلك فلا يصدق إلا بحجة ، ولو قال بناء هذه الدار لى والعروة لفلان فهو كما قال ، لأن العروة عبارة عن بقعة لابتاء فيها فكأنه قال : بياض هذه الأرض دون البناء

وفيه شيء (قوله لأن البناء ، لى قوله : لبيان المستثنى الخ) أقول : وفي قوله لبيان المستثنى الخ بحث ، ثم أقول : قد كتب في هامش الكتاب في هذا المقام من خط المؤلف ما هو صورته : وتلخيص الحجة أن البناء هاهنا ليس متناول اللفظ ، والمستثنى متناول اللفظ ينتج أن البناء ليس مستثنى له . والظاهر الموافق للمشروح أن يقال ترخيصها البناء داخل في الدار معنى ، وكل ما هو داخل في الشيء معنى لا يصح استثناءه منه .

والفص في الخاتم والنخلة في البستان نظير البناء في الدار لأنه يدخل فيه تبعا لافظا ،

والعرصة لا اسما للعرصة وحدها فتأمل . قال صدر الشريعة : فإن قلت : يشكل ما ذكر بما إذا قال لفلان على ألف درهم إلا قفيز حنطة فإن الحنطة دخلت في الدراهم معنى لا لفظا حتى صح استثناءه . قلت : الدراهم تتناول الحنطة من حيث المعنى فيتناولها اللفظ من جهة المعنى فيصح الاستثناء ، ولا كذلك الدار فإنها ليست باسم للعرصة والبناء حتى يكون ذكر الدار ذكرا للبناء بطريق التناول قصدا ، بل الدار اسم للعرصة والبناء صفة له على ما ذكرنا ، والوصف يدخل تبعا لا قصدا فلا يصح استثناء الوصف فافترقا ، انتهى كلامه . واقفى أثره الشارح العيني . أقول : التعرض للفرق بين المستثنى مما لا بد منه جدا وقد أهمله أكثر الشراح ، ولكن المرتبة التي ذكرها الشارحان المزبوران لا تقطع الكلام هاهنا ، إذ لقائل أن يقول : إن أريد بتناول الدراهم الحنطة من حيث المعنى تناولها إياها من حيث المعنى الوضعي للفظ الدراهم فهو ممنوع جدا ، ألا يرى إلى ما مر في تلك المسئلة من أن التحقيق أن عدم تناول الدراهم غيرها لفظا لا يرتاب فيه أحد ، وإنما الكلام في تناولها إياه حكما فقلنا بتناول ما كان على أخص أو صافها الذي هو الثمنية ، وإن أريد بذلك تناولها إياها من حيث الحكم فهو مسلم ولكن لا يحدى نفعا ، إذ المصنف مصرح هاهنا بأن الاستثناء تصرف في الملفوظ فتناول لفظ الدراهم الحنطة من جهة الحكم لا يكتفي في صحة الاستثناء ، كيف ولو كنى تناول لفظ الدراهم الحنطة من حيث الحكم فقط في صحة استثناء الحنطة من الدراهم لكن تناول اسم الدار البناء من حيث الحكم فقط أيضا في صحة استثناء البناء من الدار ، فإن البناء داخل في حكم بيع الدار وفي حكم الإقرار بالدار ونحوها حتى يملك المشتري والمقر له البناء أيضا فلا بد من زيادة إيضاح وتقرير فنقول : المراد بذلك هو تناول من حيث الحكم لكن قصدا لا تبعا ، والدراهم تتناول الحنطة باعتبار كونها على أخص أو صافها الذي هو الثمنية تناولا قصديا لا تبعا ، فإن ما يتحقق فيه الثمنية كالدينار والمكيل والموزون والعددي المتقارب من قبيل الذوات فيجوز أن يكون مقصودا من الدراهم لمشاركته إياها في أخص أو صافها وهو الثمنية وكونه باعتبار ذلك بمنزلة جنس واحد ، ولا كذلك الدار مع البناء فإن البناء وصف للدار فلا يدخل في حكمها إلا تبعا . وبالحملة فرق بين ما يتناوله اللفظ حكما وبين ما يتبع متناوله في الحكم ، فإن الأول مدلول حكى للفظ مقصود منه أصالة فيكون استثناءه تصرفا في الملفوظ : أى في مدلول اللفظ حكما فيصح ، والثاني خارج عن مدلول اللفظ وضعيا وحكما غير مقصود منه أصلا لكنه تابع للمدلول في الحكم الثابت له فلا يكون استثناءه تصرفا في الملفوظ فلا يصح . قال المصنف (والفص في الخاتم والنخلة في البستان نظير البناء في الدار) يعنى لا يصح استثناء الفص في الإقرار بالخاتم ولا استثناء النخلة في الإقرار بالبستان ، كما لا يصح استثناء البناء في الإقرار بالدار (لأنه) أى لأن كل واحد من الفص والنخلة (يدخل فيه) أى يدخل في الصدر (تبعا لافظا) والاستثناء تصرف في الملفوظ كما مر . قال بعض العلماء : قول المصنف هاهنا إن الفص يدخل تبعا لافظا يناق قوله فيما مر أن اسم الخاتم يشمل الكل . أقول : يمكن أن يقال إن مراده بشمول اسم الخاتم الكل في قوله السابق أهم من الشمول القصدي والتبعي ، ومراده بنى دخول الفص في الخاتم في قوله اللاحق بنى الدخول القصدي فلا منافاة بينهما . قال في البدائع : ولو أقر لإنسان بدار واستثنى بناءها لنفسه فلا استثناء باطل ، لأن اسم الدار لا يتناول البناء لغة بل وضع دلالة على العرصة في اللغة ، وإنما البناء فيها بمنزلة الصفة فلم يكن المستثنى من جنس المستثنى منه فلم يصح الاستثناء ويكون الدار مع البناء للمقر له لأنه وإن لم يكن اسما عاما لكنه يتناول هذه الأجزاء بطريق التضمن كن أثره لغيره بخاتم كان له الحلقة والقص لأنه اسم عام ، بل هو اسم لمسمى واحد وهو المركب من الحلقة والفص ولكنه يتناوله بطريق التضمن ، انتهى كلامه . أقول : فيه نظر ، أما أولا فلأن قوله لأن اسم الدار لا يتناول البناء لغة بل وضع دلالة على العرصة مما لا يساعده كتب اللغة ، ألا يرى إلى ما قال في المغرب : الدار اسم جامع للبناء والعرصة ، وإلى ما قال في القاموس : الدار المثل يجمع البناء

لفلان فالبناء لا يتبعها ، بخلاف ما إذا قال بناء هذه الدار لى والأرض لفلان حيث كانا للمقر له لأن الإقرار بالأرض لأصالتها إقرار بالبناء كالإقرار بالدار ، وجنس هذه المسائل يخرج على أصلين : أحدهما أن الإقرار بعد الدعوى صحيح دون العكس ،

بمخلاف ما إذا قال إلا ثلثها أو إلا بيتا منها لأنه داخل فيه لفظا (ولو قال بناء هذا الدار لى والعريصة لفلان فهو كما قال) لأن العريصة عبارة عن البقعة دون البناء ، فكأنه قال بياض هذه الأرض دون البناء لفلان ، بمخلاف ما إذا قال مكان العريصة أرضا حيث يكون البناء للمقر له لأن الإقرار بالأرض لإقرار بالبناء كالإقرار بالدار

والعريصة . وأما ثانيا فلأن قوله لكنه يتناول هذه الأجزاء بطريق التضمن يدل على أن البناء جزء من معنى اسم الدار ، وهذا مع كونه مخالفا لما قاله أولا من أن اسم الدار لا يتناول البناء لغة يقتضى صحة استثناء البناء لنفسه للقطع بصحة استثناء الجزء من الكل كما لو قال له على عشرة إلا واحدا . لا يقال : يجوز أن يكون مراده بالتضمن معنى التبعية لالجزئية فيقول إلى ما قاله المصنف وغيره . لأننا نقول : مع إباء قوله هذه الأجزاء عن ذلك التوجيه جدا يمنع قوله في تنظيره بمسئلة الإقرار بالخاتم بل هو اسم لمسمى واحد وهو المركب من الحلقة والقص ولكنه يتناوله بطريق التضمن ، فإنه نص في دخول القص كالحلقة بطريق الأصالة دون التبعية ، وهو خلاف ما صرح به المصنف وسائر الثقات (بمخلاف ما إذا قال إلا ثلثها) أى إذا قال هذه الدار لفلان إلا ثلثها (أو إلا بيتا منها) حيث يصح الاستثناء ويكون المقر له ما عدا ثلث الدار وما عدا البيت (لأنه) أى لأن كل واحد من الثلث والبيت (داخل فيه) أى فى الصدر الذى هو الدار (لفظا) ومقصودا حتى لو استحق البيت فى بيع الدار سقط حصته من الثمن كذا قالوا . أقول : كون البيت داخلا فى الدار لفظا ومقصودا مشكل على القول بأن الدار اسم للعريصة كما ذكره فى كتاب الأيمان ، واستدلوا به على أن من حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء حنث ، إذ على تقدير أن يكون البيت داخلا فى الدار لفظا ومقصودا يكون جزءا من مدلول لفظ الدار فلا يكون الدار حينئذ اسما للعريصة فقط بل لمجموع العريصة والبيوت ، فإذا انهدمت وصارت صحراء لزم أن تنعدم بانعدام بعض أجزائها فلم يظهر وجه الحنث فى المسئلة المذكورة ، وللعجب من صاحب البدائع أنه قال هاهنا بمخلاف ما إذا استثنى ربع الدار أو ثلثها أو بيتا منها أنه يصح الاستثناء لما بينا أن الدار اسم للعريصة فكان المستثنى من جنس المستثنى منه فصح انتهى . فإن كون الدار اسما للعريصة يقتضى عدم صحة الاستثناء فى صورة استثناء البيت من الدار ، لأن البيت ليس من جنس العريصة إذ البيت اسم لبناء مسقف له حوائط أربعة على قول أو ثلاثة على قول آخر كما عرف فى الأيمان فى مسئلة ما لو حلف لا يدخل بيتا فدخل صفة والعريصة هى البقعة كما سيأتى فأتى هذه من ذلك ؟ فا ذكره يكون حجة عليه لاله فى هاتيك الصورة (ولو قال بناء هذه الدار لى والعريصة لفلان فهو كما قال) وهذا لفظ القدورى أيضا فى مختصره : يعنى يكون البناء للمقر والعريصة لفلان . قال المصنف فى تعليقه (لأن العريصة عبارة عن البقعة دون البناء) يعنى أن العريصة فى اللغة عبارة عن بقعة ليس فيها بناء ، فلما اعتبر فى معناها الخلو عن البناء لم يقبها البناء فى الحكم (فكأنه قال : بيع هذه الأرض دون البناء لفلان) قال المصنف (بمخلاف ما إذا قال مكان العريصة أرضا) أى بمخلاف ما إذا قال بناء هذه الدار لى والأرض لفلان (حيث يكون البناء للمقر له) مع الأرض (لأن الإقرار بالأرض لإقرار بالبناء) بناء على أن الأرض أصل والبناء تبع ، والإقرار بالأصل لإقرار بالتبع (كالإقرار بالدار) حيث يكون البناء أيضا للمقر له هناك وإن استثناء نفسه كما مر . فإن قلت : يشكل على هذا ما لو قال البناء لفلان والأرض لآخر فإنه كما

والثانى أن إقرار الإنسان ليس بحجة على غيره ، فإذا أقر بشيئين يتبع أحدهما الآخر كالأرض والبناء ، فإن كان لشخص فظاهر ، وإن كان لشخصين ، فإن قدم التابع فقال بناء هذه الأرض لفلان والأرض لفلان فكما قال لأن الإقرار الأول لما صح لم يصلح جعل البناء تابعا ثانيا لتلازم الإقرار على الغير ، وإن قدم المتبوع فكلاهما للمقر له لأن الإقرار به يستتبع التابع ، فالإقرار بالتابع بعد ذلك لإقرار على الغير فلا يصح . وإذا أقر بأحدهما ، فإن كان المتبوع كقوله الأرض لفلان والبناء لى كانا للمقر له بالاستتباع ، وإن كان التابع كقوله الأرض لى والبناء لفلان كان كما قال ، لأن فى الأول دھوى بعد الإقرار فلا يصح

(قوله لأن الإقرار به) أقول : الضمير فى قوله به راجع إلى المتبوع فى قوله وإن قدم المتبوع .

(ولو قال له على ألف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم أقبضه ، فإن ذكر عبدا بعينه قيل للمقر له إن شئت فسلم العبد وخذ الألف وإلا فلا شيء لك) قال : وهذا على وجوه : أحدها هذا وهو أن يصدقته ويسلم العبد ، وجوابه ما ذكر ،

قال حتى يكون البناء للأول والأرض للثاني ، ولم يقل هناك الإقرار بالأرض لإقراره بالبناء فما وجه الفرق بينهما ؟ قلت : الفرق بينهما من حيث أن أول كلامه فيما أوردت إقرار معتبر بالبناء للأول فهب أن آخر كلامه إقرار بالأرض والبناء لكن إقراره فيما صار مستحقا لغيره لا يصح فكان للثاني الأرض خاصة ، وأما فيما نحن فيه فآخر كلامه إقرار بالأرض والبناء وهما جميعا ملكه فصح إقراره بهما للمقر له ، وذلك لأن أول كلامه وهو قوله بناء هذه الدار لي غير معتبر لأنه قد كان له قبل أن يذكره فبقي قوله وأرضها لفلان ، والإقرار بالأصل يوجب ثبوت حق المقر له في التبع . توضيح الفرق أن البناء في تلك المسئلة لما صار للمقر له الأول خرج من أن يكون تبعا للأرض حكما لإقراره بالأرض للثاني بعد ذلك لا يتعدى إلى البناء ، وفي مسئلتنا البناء باق على ملك المقر فكان تبعا للأرض ، فإقراره بالأرض يثبت الحق للمقر له في البناء تبعا ، كذا في المبسوط . اعلم أن هذا الجنس خمس مسائل وتخريجها على أصلين : أحدهما أن الإقرار بعد الدعوى صحيح دون العكس . والثاني أن إقرار الإنسان حجة على نفسه وليس بحجة على غيره . إذا عرفت هذا فنقول : إذا قال بناء هذه الدار لي وأرضها لفلان كانت الأرض والبناء لفلان ، لأن بقوله البناء لي ادعى البناء ويقول الأرض لفلان أقول لفلان بالبناء تبعا للإقرار بالأرض ، والإقرار بعد الدعوى صحيح . وإذا قال أرضها لي وبنائها لفلان فهو على ما أقر لأن بقوله أرضها لي ادعى البناء لنفسه تبعا ويقول وبنائها لفلان أقول بالبناء لفلان ، والإقرار بعد الدعوى صحيح ، ويؤمر المقر له بنقل البناء من أرضه . وإذا قال أرض هذه الدار لفلان وبنائها لي فالأرض والبناء للمقر له ، لأن بقوله أرضها لفلان أقول لفلان بالبناء تبعا ويقول وبنائها لي ادعى البناء لنفسه ، والدعوى بعد الإقرار لا تصح . وإذا قال أرض هذه الدار لفلان وبنائها لفلان آخر فالأرض والبناء للمقر له الأول ، لأن بقوله أرض هذه الدار لفلان صار مقرا لفلان بالبناء تبعا للأرض ويقول وبنائها لفلان آخر كان مقرا على الأول ، والإقرار على الغير لا يصح . وإذا قال بناء هذه الدار لفلان وأرضها لفلان آخر فهو كما قال ، لأن بقوله أولا بناء هذه الدار لفلان صار مقرا بالبناء له ويقول وأرضها لفلان آخر صار مقرا على الأول بالبناء للثاني ، والإقرار على الغير باطل ، كذا في الذخيرة (ولو قال له على ألف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم أقبضه ، فإن ذكر عبدا بعينه قيل للمقر له إن شئت فسلم العبد وخذ الألف وإلا فلا شيء لك) إلى هنا لفظ القدوري في مختصره (قال) أي قال المصنف رحمه الله (هذا) أي ما ذكر من المسئلة (على وجوه : أحدها هذا) أي هذا الوجه (وهو أن يصدقته) أي أن يصدق المقر له المقر (ويسلم العبد ، وجوابه) أي جواب هذا الوجه (ما ذكر) من قوله قيل للمقر له إن شئت فسلم العبد وخذ الألف وإلا فلا شيء لك . قال بعض الفضلاء : فيه أنه إذا سلم العبد كيف يقال له إن شئت فسلم العبد الخ . أقول : ما ذكره إنما يتجه أن لو كان لفظ سلم في قول المصنف ويسلم العبد من سلمه إليه ، وأما إذا كان من سلمه له : أي جعله سالما له فلا ، لأن سلامة العبد للمقر إنما تحصل باعتراف المقر له بأنه عبدك لأعبدى ، وقد يتحقق هذا قبل تسليم العبد إلى المقر فلا ينافي أن يقال له إن شئت فسلم العبد الخ ، وقد استعمل المصنف سلمه له مراداً به المعنى المذكور في مواضع من كتابه . هذا وما سيأتي في فصل الدين المشترك من باب الصلح في الدين حيث قال : فلو سلم له

وفي الثاني عكسه فصح . قال (ولو قال له على ألف درهم من ثمن عبد الخ) ومن قال له على ألف درهم من ثمن عبد اشتريته ولم أقبضه فلما أن يذكر عبدا بعينه أولا ، فإن كان الأول فهو على وجوه : أحدها أن يصدقته فيقال له إن شئت فسلم العبد وخذ

(قال المصنف : فسلم العبد) أقول : أي التزم تسليمه (قال المصنف : وإلا فلا شيء لك) أقول : أي وإن لم تلتزم فلا مخالفة لما مر في البيوع (قال المصنف : وهو أن يصدقته ويسلم العبد الخ) أقول : فيه أنه إذا سلم العبد كيف يقال له إن شئت فسلم العبد الخ ؟ فالأظهر هو الاكتفاء بقوله وهو أن يصدقته .

لأن الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة . والثاني أن يقول المقر له العبد عبدك ما بعته وإنما بعته عبد غير هذا وفيه المال لازم على المقر لإقراره به عند سلامة العبد له وقد سلم فلا يبالى باختلاف السبب بعد حصول المقصود . والثالث أن يقول العبد عبدي

ما قبض ثم توى ما على الغريم له أن يشارك القابض لأنه رضى بالتسليم ليسلم له ما في ذمة الغريم ولم يسلم انتهى . ويحتمل أن يكون لفظ يسلم هاهنا ثلاثيا من السلامة لامن التسليم ويكون العبد فاعلا لامفعولا فحينئذ لا يتوهم المنافاة أصلا . قال المصنف في تعليل جواب الوجه المذكور (لأن الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة) يعنى أنهما تصادقا في هذا الوجه ، والثابت بتصادقهما كالثابت معاينة . ولو عاينا أنه اشترى منه هذا العبد بألف والعبد في يده كان عليه ألف درهم كذا هاهنا . قال صاحب العناية : وفيه نظر ، لأنهما إذا تصادقا وثبت البيع بينهما بغير شرط فالحكم الأمر بتسليم الثمن على المقر ثم بتسليم العبد على المقر له . والجواب أن ذلك حكم ما إذا ادعى المقر له تسليم الثمن على المقر ، وليس مانحن فيه كذلك ، فإن حكمتنا بذلك كان حكما بما لا يدعيه أحد وذلك باطل ، إلى هنا كلامه . وطعن بعض الفضلاء في جوابه بأن قال : وليت شعري أن ما ذكر في الكتاب حكم أية مسألة انتهى . أقول : ما ذكر في الكتاب حكم مسألة الإقرار ، فإن نفس الإقرار والتصادق لا يقتضى الحكم بتسليم الثمن على المقر ولا الحكم بتسليم العبد على المقر له ، فإن كل واحد من الحكمين المذكورين مقتضى الدعوى ولا دعوى فيما نحن فيه ، بل فيه إقرار محض ، وحكمه لزوم الألف على المقر إن سلم المقر له العبد إليه . وأما إن لم يسلمه إليه بأن هلك في يده فلا يلزمه شيء كما هو الحكم في ثبوت البيع معاينة ، وهذا معنى ما ذكر في الكتاب . قيل : : للمقر له إن شئت فسلم العبد وخذ الألف وإلا فلا شيء لك ، وليس المراد من إن شئت فسلم العبد تخيير المقر له بين تسليم العبد وعدم تسليمه ، إذ لا يقدر البائع على عدم تسليم المبيع إلى المشتري بعد أن صح البيع وتم ، بل المراد منه أن لزوم الألف على المقر مشروط بتسليمك العبد إليه ، فإن أردت الوصول إلى حقك فسلم العبد ولا تضعيه ، وليس المراد بقوله وخذ الألف خذ الألف بعد تسليم العبد ، إذ لا دلالة على التعقيب في الواو بل هي للجمع مطلقا فلا يخالف ما تقرّر في البيوع من أن اللزوم في بيع سلعة بشمن تسليم الثمن أولا . فخلاصة ما ذكر في الكتاب هاهنا ما قال في الوقاية وغيرها ، فإن سلم المقر له لزمه الألف وإلا لا (والثاني) أى الوجه الثاني (أن يقول المقر له العبد عبدك) أى العبد الذى عينته عبدك (ما بعته وإنما بعته عبد غير هذا) وسلمته إليك (وفيه) أى في هذا الوجه (المال لازم على المقر لإقراره به) أى بالمال (عند سلامة العبد له وقد سلم) أى وقد سلم العبد له حين اعترف المقر له بأنه ملكه (فلا يبالى باختلاف السبب بعد حصول المقصود) كما لو قال لك على ألف غصبته منك وقال لا بل استقرضت منى لأن الأسباب مطلوبة لأحكامها لأعجائها فلا يعتبر الشكاذب في السبب بعد اتفاقهما على وجوب أصل المال ، ولا تفاوت في هذا الوجه بين أن يكون العبد في يد المقر أو في يد المقر له ، كذا قالوا (والثالث) أى الوجه الثالث (أن يقول) أى المقر له (العبد عبدي) أى العبد الذى

الألف وإلا فلا شيء لك لأنهما تصادقا والثابت بالتصادق كالثابت معاينة ، وفيه نظر لأنهما إذا تصادقا وثبت البيع بينهما بغير شرط فالحكم الأمر بتسليم الثمن على المقر ثم بتسليم العبد على المقر له . والجواب أن ذلك حكم ما إذا ادعى المقر له تسليم الثمن على المقر وليس مانحن فيه كذلك ، فإن حكمتنا بذلك كان حكما بما لا يدعيه أحد وذلك باطل ، والثاني أن يقول المقر له العبد عبدك ما بعته وإنما بعته عبد غير هذا وسلمته لك ، وفيه المال لازم على المقر لإقراره به عند سلامة العبد له وقد سلم ، ولا يبالى باختلاف السبب بعد حصول المقصود ، وكما لو قال لك على ألف غصبته منك وقال لا بل استقرضت منى ، ولا تفاوت في هذا بين أن يكون العبد في يد المقر أو المقر له . والثالث أن يقول العبد عبدي ما بعته ، وفيه لا يلزم المقر شيء لأن المقر

(قوله فالحكم الأمر بتسليم الثمن الخ) أقول : لا التخيير بأن يقال إن شئت فسلم العبد ولا تسليم العبد أولا ، ثم أخذ الألف (قوله والجواب أن ذلك حكم ما إذا ادعى الخ) أقول : وليت شعري أن ما ذكر في الكتاب حكم أية مسألة .

ما بعثك . وحكمه أن لا يلزم المقر شيء لأنه ما أقر بالمال إلا عوضا عن العبد فلا يلزمه دونه ، ولو قال مع ذلك إنما بعثك غيره يتحالفان لأن المقر يدعى تسليم من عينه والآخر ينكر والمقر له يدعى عليه الألف ببيع غيره والآخر ينكره ، وإذا تحالفا بطل المال ، هذا إذا ذكر عبدا بعينه (وإن قال من ثمن عبد اشتريته ولم يعينه لزمه الألف ولا يصدق في قوله ما قبضت عند أبي حنيفة وصل أم فصل) لأنه رجوع فإنه أقر بوجوب المال رجوعا إلى كلمة على ، وإنكاره القبض في غير المعين ينافي الوجوب أصلا لأن الجهالة مقارنة كانت أو طارئة بأن اشترى عبدا ثم نسيه عند الاختلاط بأمثاله توجب هلاك المبيع

عينته عبدا (ما بعثك وحكمه) أي حكم هذا الوجه (أن لا يلزم المقر شيء لأنه ما أقر بالمال إلا عوضا عن العبد فلا يلزمه دونه) أي فلا يلزم المال دون العبد ، لأنه إذا لم يسلم له العبد لا يسلم للمقر له بدله ، ولا تفاوت في هذا الوجه أيضا بين أن يكون العبد في يد المقر أو في يد المقر له ، لأنه إذا كان في يد المقر يأخذ المقر له العبد منه فلا يلزم المقر شيء من ثمن العبد ، كذا قالوا (ولو قال مع ذلك) أي ولو قال المقر له مع إنكار العبد المقر به (إنما بعثك غيره) أي غير ذلك العبد (يتحالفان لأن المقر يدعى تسليم من عينه) أي وجوب تسليمه (والآخر ينكر والمقر له يدعى عليه) أي على المقر (الألف) أي لزوم الألف (ببيع غيره) أي غير من عينه (والآخر ينكر) فصار كل واحد منهما مدعيا ومنكرا وحكم ذلك التحالف (وإذا تحالفا بطل المال) أي بطل المال عن المقر والعبد سالم لمن في يده (هذا) أي ما ذكره من الوجه (إذا ذكر) أي المقر (عبدا بعينه وإن قال من ثمن عبد) يعني إن قال له على ألف درهم من ثمن عبد (اشتريته) منه ولم أقبضه (ولم يعينه) أي لم يعين المقر العبد المشتري (لزمه الألف) ولم يصدق في قوله ما قبضت عند أبي حنيفة وصل أم فصل) أي سواء وصل قوله ما قبضت العبد المشتري بكلامه السابق أو فصل عنه (لأنه) أي لأن قوله ما قبضت (رجوع) عما أقر به (فإنه أقر بوجوب المال رجوعا إلى كلمة على) أي نظرا إلى هذه الكلمة التي ذكرها أولا في قوله له على ألف درهم إذ هي للإيجاب (وإنكاره القبض في غير المعين ينافي الوجوب أصلا) أي بالكلية (لأن الجهالة) أي جهالة المبيع (مقارنة كانت) كالجهاالة حالة العقد (أو طارئة بأن اشترى عبدا ثم نسيه) أي نسي المتعاقدان ذلك العبد (عند الاختلاط بأمثاله توجب هلاك المبيع) خبر أن في قوله لأن الجهالة : يعني أن الجهالة توجب هلاك

ما أقر بالمال إلا عوضا عن العبد ، فإذا لم يسلم له العبد لا يسلم للمقر له بدله ، وفي هذا أيضا لاتفاف بين كون العبد في يد المقر أو يد المقر له ، فإنه إذا كان في يد المقر يأخذ العبد ، ولو قال مع ذلك : أي مع إنكار العبد إنما بعثك غيره يدعى لزوم المال ببيع عبد آخر تحالفا ، لأن المقر يدعى تسليم من عينه والآخر ينكره ، والمقر له يدعى عليه الألف ببيع غيره والمقر ينكره ، وإذا تحالفا بطل المال من المقر والعبد سالم لمن هو في يده وإن كان الثاني لزمه الألف ولا يصدق في قوله ما قبضت عند أبي حنيفة وصل أم فصل لأنه رجوع عما أقر به ، فإن إقراره صح رجوعا إلى كلمة على ، وإنكاره القبض في غير المعين ينافي الوجوب أصلا ، لأن جهالة المبيع مقارنة كانت كالجهاالة حالة العقد أو طارئة ، كما إذا اشترى عبدا ونسيه عند الاختلاط بأمثاله توجب هلاك المبيع لعدم القدرة على تسليم المجهول وذلك يوجب سقوط نقد الثمن ، فأول كلامه إقرار بوجوب الثمن وآخره يوجب سقوطه وذلك رجوع فلا يصح وإن كان موصولا . وقال أبو يوسف ومحمد : المقر له إما أن يصدق في المقر في الجهة أولا ، فإن صدقه فالقول للمقر في عدم القبض كما سيأتي ، وإن كذبه فالمقر إما أن وصل بقوله لم أقبضه أو فصل ، فإن وصل

(قال المصنف : لأنه رجوع ، إلى قوله : لأن الجهالة مقارنة النخ) أقول : في تمام التقريب كلام ، فإن ارتفاع الجهالة لا يلزم أن يكون بالقبض بل باعتراض المشتري بأنه هذا وإحضار البائع فليتأمل فإنه يجوز أن يقال الظاهر هو عدم الاعتراض فيبقى على الجهالة (قوله فإن إقراره صح رجوعا) أقول : الأول أن يقول كما في الهداية فإنه أقر بوجوب الألف ، وتوجيه كلامه أن صح بمعنى ثبت : أي ثبت إقراره بوجوب الألف .

فيمتنع وجوب نقد الثمن . وإذا كان كذلك كان رجوعا فلا يصح وإن كان موصولا . وقال أبو يوسف ومحمد : إن وصل صدق ولم يلزمه شيء . وإن فصل لم يصدق إذا أنكر المقر له أن يكون ذلك من ثمن عبد ، وإن أقر أنه باعه متاعا فالقول قول المقر . ووجه ذلك أنه أقر بوجوب المال عليه ويبين سببا وهو البيع ، فإن وافقه الطالب في السبب وبه لا يتأكد الوجوب إلا بالقبض :

المبيع : أي تجعل المبيع في حكم المستهلك لعدم القدرة على تسليم المجهول (فيمتنع وجوب نقد الثمن) لأن نقد الثمن لا يجب إلا بإحضار المبيع وقد امتنع إحضاره بالجهالة فامتنع وجوب نقد الثمن أيضا (وإذا كان كذلك كان رجوعا) فإن أول كلامه إقرار بوجوب الثمن وآخره بوجوب سقوطه ، وذلك رجوع (فلا يصح وإن كان موصولا) لأن الرجوع عن الإقرار باطل مفصولا كان أو موصولا . أقول : لقائل أن يقول : يشكل التعليل المذكور هاهنا من قبل أي حنيفة بمسئلة الاستثناء بمشيئة الله تعالى ، فإنه لم يلزم المقر هناك شيئا بالاتفاق مع جريان خلاصة هذا التعليل هناك أيضا بأن يقال : إن أول الكلام إقرار بوجوب المال رجوعا إلى كلمة على ، وآخره ينافي الوجوب أصلا فيقتضي أن يكون رجوعا فيلزم أن لا يصح . ويمكن أن يجاب عنه بما أشار إليه المصنف فيما سيأتي في مسألة ما لو قال من ثمن خر أو خنزير بقوله قلنا ذلك تعليق وهذا إبطال ، وسنذكر تنمة الكلام هناك إن شاء الله تعالى . ثم إن بعض الفضلاء أورد على هذا التعليل المزبور كلاما آخر ، وأجاب عنه حيث قال في تمام التقريب كلام : فإن ارتفع الجهالة لا يلزم أن يكون بالقبض بل باعتراف المشتري بأنه هذا وإحضار البائع فليتأمل ، فإنه يجوز أن يقال : الظاهر هو عدم الاعتراف فيبقى على الجهالة انتهى . أقول : لا الإيراد بشيء ولا الجواب . أما الأول فلأن المقر فيما نحن فيه لم يمين العبد فصار مجهولا لم يكلف المقر له بإحضار ذلك أصلا ، بل لم يمكن له إحضاره لتعذر إحضار المجهول فأني يتصور إحضار البائع المبيع هاهنا حتى يعترف المشتري بأنه هذا ، وإن أحضر المقر له عبدا بعينه من غير تكليف واعترف المقر بأن ما اشتراه منه هذا العبد فقد صارت المسئلة من قبيل ما إذا ذكر المقر عبدا بعينه وما نحن فيه بمعزل عنه . وأما الثاني فلأنه كيف يجوز أن يقال : الظاهر هو عدم الاعتراف وقد لزمه الألف بلا عوض عند أي حنيفة في هذه المسئلة ، وإن لم يحضر البائع شيئا ، فهل يؤثر العاقل إعطاء الألف بلا عوض على إعطائه بمقابلة ما أحضره البائع ، فالظاهر هو الاعتراف عند إحضاره بلا ريب (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : إن وصل صدق ولم يلزمه شيء) وبه قال مالك والشافعي وأحمد رحمهم الله تعالى (وإن فصل لم يصدق إذا أنكر المقر له أن يكون ذلك من ثمن عبد) أي إذا كذب المقر له المقر في الجهة وهي أن يكون ذلك الألف من ثمن عبد (وإن أقر) أي إن أقر المقر له (أنه) أي المقر له (باعه) أي باع المقر متاعا (يعني إن صدق المقر له المقر في الجهة بأن قال إنه باعه متاعا وهو العبد كما أقر به المقر ، ولكن كذبه في إنكاره قبض المبيع (فالقول قول المقر) سواء وصل أم فصل ، وإنما عبر المصنف هاهنا عن المبيع بالمتاع حيث قال : وإن أقر أنه باعه متاعا وقد كان وضع مسئلة الكتاب في العبد ليعلم أن الحكم في المتاع مطلقا هو الحكم في العبد (ووجه ذلك) أي وجه ما قاله الإمامان (أنه) أي المقر (أقر بوجوب المال عليه) أي على نفسه حيث قال له على ألف درهم (وبين سببا) له (وهو البيع) حيث قال من ثمن عبد اشتريته منه (فإن وافقه الطالب) يعني المقر له (في السبب) وهو البيع (وبه لا يتأكد الوجوب إلا بالقبض) أي بمجرد وجود السبب وهو البيع لا يتأكد وجوب الثمن على المشتري لأن الوجوب عليه قبل قبض المبيع في حيز التزلزل ، لأنه ربما يهلك المبيع في يد

فالقول قوله ، وإن فصل لم يصدق لأن أول كلامه موجب وآخره قد تغير لأنه يحتمل انتفاءه على اعتبار عدم القبض فكان بيان تغيير وهو إنما يصح موصولا والموعود هو معنى قوله وإن أقر أنه باعه متاعا الخ وإنما عبر عنه بذلك ليعلم أن الحكم في المتاع حكم العبد (قوله وبه لا يتأكد الوجوب) أي بمجرد وجوب السبب وهو البيع لا يتأكد وجوب الثمن على المشتري لأن

(قوله والموعود هو معنى قوله الخ) أقول : يقول الشارح آتيا كما سيأتي .

والمقر ينكره فيكون القول له ، وإن كذبه في السبب كان هذا من المقر بيانا مغيرا لأن صدر كلامه للوجوب مطلقا وآخره يحتمل انتفاءه على اعتبار عدم القبض. والمغير يصح موصولا لامفصولا (ولو قال ابتعت منه بيعا إلا أني لم أقبضه فالقول قوله) بالإجماع لأنه ليس من ضرورة البيع القبض ، بخلاف الإقرار بوجوب الثمن :

البائع فيسقط الثمن عن المشتري ، وإنما يتأكد بالقبض والمقر له يدعى القبض (والمقر ينكره فيكون القول له) أي المنكر. قال صاحب العناية : وفي عبارة المصنف نظر ، لأن قوله فإن وافقه الطالب في السبب شرط فلا بد من جواب ، وقوله وبه لا يتأكد الوجوب لا يصلح لذلك ، وكذلك قوله فيكون لوجود الفاء ولعدم الربط ، فإنك لو قدرت كلامه فإن وافقه الطالب في السبب فيكون القول له ليس بصحيح ، لأنه في بيان التعليل وليس فيه إشعار بذلك وقال : ويمكن أن يقال جزاؤه محذوف وتقديره فإن وافقه الطالب في السبب والحال أنه بمجرد السبب لا يتأكد لكنه يتأكد بالقبض كان الطالب مدعيا للقبض والمقر ينكره فيكون القول له انتهى كلامه . أقول : النظر المزبور ساقط جدا ، فإن قول المصنف فيكون القول له صالح لأن يكون جوابا للشرط المذكور قطعاً ، ووجود الفاء فيه ليس بمانع عنه أصلاً ، إذ قد تقرر في علم النحو أن الجزاء إذا كان مضارعاً مثبتاً أو منفيّاً بلا نفيه الوجهان : دخول الفاء عليه وعدم دخوله ، قال الله تعالى - ومن عاد فينتقم الله منه - وعدم الربط فيه ممنوع ، فإن قوله وبه لا يتأكد الوجوب إلا بالقبض والمقر ينكره وقع قيداً للشرط المزبور فصار معنى الكلام فإن وافقه الطالب في السبب ، والحال أنه بمجرد السبب لا يتأكد وجوب الثمن على المشتري وإنما يتأكد بالقبض والمقر ينكر القبض فيكون القول له . ولا يخفى على ذي فطرة سليمة أن قوله فيكون القول له مربوطاً بالشرط المزبور مقيداً بالقيد المذكور ، وإن لم يكن مربوطاً به عارياً عن ذلك القيد فلا حاجة إلى تقدير جزاء محذوف كما تمحله ذلك الشارح (وإن كذبه) أي وإن كذب الطالب المقر (في السبب كان هذا من المقر بيانا مغيرا لأن صدر كلامه) وهو قوله له على ألف درهم (للو جواب مطلقاً) رجوعاً عن كلمة على (وآخره) أي آخر كلامه (يحتمل انتفاءه) أي انتفاء الوجوب (على اعتبار عدم القبض) فصار مغيراً لمقتضى أول كلامه (والمغير يصح موصولا لا مفصولا) كالاستثناء (ولو قال ابتعت منه بيعا) أي مبيعا ، وفي بعض النسخ : عينا (إلا أني لم أقبضه فالقول قوله أي قول المقر) بالإجماع (ذكر المصنف هذه المسئلة تفريعا على مسئلة القدوري وقال في تعليلها) لأنه ليس من ضرورة البيع القبض (يعني أن المقر هاهنا إنما أقر بمجرد العقد ، والإقرار بالعقد لا يكون إقراراً بالقبض ، إذ ليس من ضرورة البيع قبض المبيع حتى يجب الثمن على المشتري) بخلاف الإقرار بوجوب الثمن (فإن من ضرورته القبض . قال صاحب العناية : هذا

الوجوب عليه قبل قبض المبيع في حيز التردد لأنه ربما يهلك المبيع في يد البائع فيسقط الثمن عن المشتري لكنه يتأكد بالقبض والمدعى يدعى القبض والمقر ينكره فيكون القول قوله ، وفي عبارته نظر لأن قوله فإن وافقه الطالب في السبب شرط فلا بد من جواب . وقوله وبه لا يتأكد الوجوب لا يصلح لذلك ، وكذلك قوله فيكون لوجود الفاء ولعدم الربط فإنك لو قدرت كلامه فإن وافقه الطالب في السبب فيكون القول له ليس بصحيح لأنه في بيان التعليل وليس فيه إشعار بذلك . ويمكن أن يقال : جزاؤه محذوف وتقديره فإن وافقه الطالب في السبب والحال أنه بمجرد السبب لا يتأكد لكنه يتأكد بالقبض كان الطالب مدعيا للقبض والمقر ينكره فيكون القول له (ولو قال ابتعت منه) وفي بعض النسخ : ابتعت منه بيعا : أي مبيعا ، وفي بعضها عينا (إلا أني لم أقبضه فالقول قوله بالإجماع لأنه ليس من ضرورة البيع القبض) ولم يقر بوجوب الثمن لحواز أن يوجد

(قوله وفي عبارته نظر إلى قوله : لوجود الفاء الخ) أقول : في أوائل القسم الثالث من المفتاح وإن توقف عليه ، ولا شبهة في أن الكلام فيه كلام من التبيل الثاني فيتوقف تعريفه على تعريف له سابق ويتسلسل أو يدور . وقال السيد الشريف من شراحه : دخول الفاء في قوله فيتوقف لوقوع الفصل وإن كان الفاصل ما يتبين به لزوم الشرط للجزاء انتهى . فلمن من هذا جواب نظر الشارح (قال المصنف : بخلاف الإقرار بوجوب الثمن الخ) أقول : المراد هو الإقرار بوجوب الثمن في المبيع الغير المعين ، فإن إنكار القبض فيه ينافي الوجوب أصلاً كما سبق فليتأمل ، أو المطلق ينصرف إلى الكامل فيكون المراد الوجوب المتأكد .

قال (وكذا لو قال من ثمن خمر أو خنزير) ومعنى المسئلة إذا قال لفلان على ألف من ثمن خمر أو خنزير (لزمه الألف ولم يقبل تفسيره عند أبي حنيفة وصل أم فصل) لأنه رجوع لأن ثمن الخمر والخنزير لا يكون واجبا وأول كلامه للوجوب (وقال : إذا وصل لا يلزمه شيء) لأنه بين بآخر كلامه أنه ما أراد به الإيجاب وصار كما إذا قال في آخره إن شاء الله . قلنا : ذاك تعليق وهذا إبطال .

مفهوم كلام المصنف ، وفيه نظر ، فإنه إنما كان كذلك أن لو وجب تسليم المبيع أولا وليس كذلك كما تقدم في البيوع انتهى . أقول : وهذا النظر أيضا ساقط ، إذ الظاهر أن مراد المصنف هاهنا هو الإقرار بوجوب الثمن في المبيع الغير المعين ، إذ هو المختلف فيه المحتاج إلى الفرق ، وقد تقرر أن إنكار القبض في غير المعين ينافي الوجوب أصلا ، فلا بد في نفاذ الإقرار بوجوب الثمن في المبيع الغير المعين من قبضه فكان من ضرورته القبض (قال) أى القدورى (إذا قال لفلان على ألف من ثمن خمر أو خنزير لزمه الألف ولم يقبل تفسيره) يعنى قوله من ثمن خمر أو خنزير (عند أبي حنيفة وصل أم فصل ، لأنه) أى لأن تفسيره رجوع عن إقراره (لأن ثمن الخمر والخنزير لا يكون واجبا) على المسلم (وأول كلامه) وهو قوله على ألف (للوجوب) والرجوع عن الإقرار باطل (وقال) أى قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله (إذا وصل لا يلزمه شيء) أى المقر (بين بآخر كلامه أنه ما أراد به) أى بأول كلامه (الإيجاب) لأنه يمحتمل أنه بنى إقراره على عادة الفسقة ، فإن الخمر مال يجرى فيه الشح والضنة وقد اعتاد الفسقة شرائها وأداء ثمنها فكان آخر كلامه بيانا مغيرا فيصح موصولا ، كذا في الشروح . أقول : هذا لا يتمشى فيما إذا قال من ثمن خنزير لأنه لا يمحتمل في هذه الصورة أن يبنى إقراره على عادة الفسقة من المسلمين كما في صورة أن قال من ثمن خمر ، إذ لا يقع منهم شراء الخنزير ولا أداء ثمنه أصلا فضلا عن اعتيادهم بذلك ، وأما عادة الكفار فلا تصلح لأن تجعل مبنى الكلام لأن الكلام في المسلم كما لا يخفى ، والدليل الذى ذكره المصنف هاهنا من قبلهما مسوق للصورتين معا فلا يتم التقريب (وصار) أى صار آخر كلامه فيما نحن فيه (كما إذا قال في آخره إن شاء الله) فإنه يصدق هناك إذا وصل فكذا هاهنا . أجاب المصنف عن هذا القياس بقوله (قلنا ذاك تعليق وهذا إبطال) يعنى أن قوله إن شاء الله تعليق بشرط لا يوقف عليه ، والتعليق

البيع ولا يجب الثمن كما لو اشترى بخيار الشرط ، بخلاف الإقرار بوجوب الثمن فإن من ضرورته القبض ، هذا مفهوم كلام المصنف ، وفيه نظر فإنه إنما كان كذلك أن لو وجب تسليم المبيع أولا وليس كذلك كما تقدم في البيوع . قال (وكذا لو قال من ثمن خمر أو خنزير الخ) ولو قال له على ألف من ثمن خمر أو من ثمن خنزير لزمه الألف ولم يقبل تفسيره عند أبي حنيفة وصل أم فصل إذا لم يصدق المقر له لأنه رجوع لأنه أقر بوجوب ألف ثم زعم أنه لم يكن واجبا عليه ، لأن ثمن الخمر لا يجب على المسلم فكان رجوعا ، وقال : إذا وصل لم يلزمه شيء لأنه بين بآخر كلامه أنه ما أراد به الإيجاب ، لأن الخمر مال يجرى فيه الشح والضنة ، وقد اعتاد الفسقة شرائها وأداء ثمنها ، فيحتمل أنه بنى إقراره على هذه العادة فكان آخر كلامه بيانا مغيرا فيصح موصولا ، فصار كما إذا قال في آخره إن شاء الله . وأجاب بأن ذلك تعليق لأن صيغته وضعت له والتعليق بين أهل اللسان متعارف كالإرسال فكان من باب البيان ووجوب المسأل عليه من حكم الإرسال ، فع صيغة التعليق لا يلزم حكم الإرسال ، وهذا إبطال والإبطال رجوع والرجوع بعد الإقرار غير صحيح موصولا ومفصولا . ولو قال له على ألف من ثمن

(قال المصنف : ومعنى المسئلة ، إلى قوله : وصل أم فصل) أقول : يجوز التوكيل بشراء الخمر عند أبي حنيفة فيجوز أن يضيف الإقرار إلى الموكل كما سبق من الشرح في فصل الإقرار للحمل نظير هذا ، لكن وضع المسئلة فيما إذا كان كل من المقر والمقر له مسلما (قال المصنف لأنه بين بآخر كلامه أنه ما أراد به الإيجاب) أقول : يعنى الإيجاب الشرعى (قوله فيحتمل أنه بنى إقراره على هذه العادة) أقول : يعنى وحسب أنه يجب الثمن به (قوله وهذا إبطال والإبطال رجوع الخ) أقول : يخالف ظاهرا لما سبق في الاستثناء بأن شاء الله من قوله فإن كان الأول فقد بطل إلا أن يقال كان ذلك قول أبي يوسف .

(ولو قال له على ألف من ثمن متاع أو قال أقرضني ألف درهم ثم قال هي زيوف أو نهرجة وقال المقر له جياذ لزمه الجياذ في قول أبي حنيفة . وقالوا : إن قال موصولا يصدق ، وإن قال مفصولا لا يصدق) وعلى هذا الخلاف إذا قال هي ستوقه أو رصاص ،

بالشرط من باب بيان التغيير فيصح موصولا ، وما نحن فيه بإبطال والإبطال لا يكون بيانا فلم يصح وإن كان موصولا . أقول : فيه كلام من وجهين : أحدهما أن المصنف قال في مسألة الاستثناء بمشئة الله أن الاستثناء بمشئة الله إما بإبطال أو تعليق ، وقد بينا هناك أن المذكور في بعض الكتب المعتمدة أن الأول مذهب أبي يوسف والثاني مذهب محمد ، وفي بعضها أن الأمر بالعكس ، فأيا ما كان لا يكون هذا الجواب حجة على من قال منهما يكون ذلك أيضا بإطلا . وثانيهما أن المصنف قال هناك : فإن كان الأول : يعني الإبطال فقد بطل ، وإن كان الثاني : يعني التعليق فكذلك ، إما لأن الإقرار لا يحتمل التعليق بالشرط ، أو لأنه شرط لا يوقف عليه كما ذكرنا في الطلاق فحصل منه أن الاستثناء بمشئة الله وإن كان تعليقا في أصله ، إلا أنه ليس بتعليق في باب الإقرار بل هو إبطال على كل حال فكيف يتم قوله هاهنا ذلك تعليق وهذا إبطال . ويمكن أن يجاب عن الأول بأن الجواب المذكور هاهنا من قبل أبي حنيفة يصير إلزاميا بالنسبة إلى من قال منهما يكون ذلك إطلا ، ولا يجب أن يكون الجواب إلزاميا بالنسبة إلى كل واحد منهما . وعن الثاني بأن الاستثناء بمشئة الله وإن لم يكن في باب الإقرار تعليقا حقيقة ، إلا أنه في صورة التعليق ، وهذا القدر يكفي في قدح قياس هذه المسئلة على مسئلة ما إذا قال في آخره إن شاء الله ، فإن هذه المسئلة ليست بتعليق لا صورة ولا معنى ، وإنما هي إبطال محض ، وأما تلك المسئلة فتعليق صورة وإن كانت إطلا معنى فافترقا ، تأمل . واعلم أن القدوري لم يذكر في مختصره خلافا في هذه المسئلة ، وإنما ذكره الحاكم الشهيد في الكافي فأخذ المصنف منه . ثم اعلم أن الخلاف المذكور فيما إذا كذب الطالب ، وأما إذا صدقه في ذلك فلا يلزمه شيء في قوله جميعا لأن الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة ، وكذلك الحكم فيما إذا قال من ثمن خر أو ميتة أو دم ، صرح شيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوطه وذكر في بعض الشروح (ولو قال له على ألف) أي ألف درهم (من ثمن متاع أو قال أقرضني ألف درهم ثم قال هي زيوف) جمع زيف وهو ما يقبله التجار ويردّه بيت المال (أو نهرجة) وهي دون الزيوف فإنها مما يرده التجار أيضا (وقال المقر له جياذ لزمه الجياذ في قول أبي حنيفة . وقالوا : أي قال أبو يوسف ومحمد (إن قال موصولا) أي إن ذكر قوله هي زيوف أو نهرجة موصولا بكلامه السابق (يصدق ، وإن قال مفصولا) أي إن ذكر ذلك مفصولا عنه (لا يصدق) هذه المسئلة من مسائل الجامع الصغير . أقول : تحريرها على النمط المذكور لا يخلو عن نوع قصور ، فإن قول أبي حنيفة في هذه المسئلة أن يلزمه الجياذ سواء وصل قوله هي زيوف أو نهرجة أم فصل كما صرحوا به ويقتضيه بيان الخلاف ، إلا أن كلمة ثم في قوله ثم قال هي زيوف أو نهرجة يدل على الفصل كما لا يخفى فتوهم اختصاص قول أبي حنيفة بصورة الفصل ولا خلاف فيها بين صاحبيه ، فالظاهر أن يذكر الواو بدل ثم كما وقع في كلام الحاكم الشهيد في الكافي حيث قال في باب الإقرار بالزيوف : وإذا أقر الرجل بألف درهم دين من قرض أو ثمن مبيع وادعى أنها زيوف أو نهرجة لم يصدق في قول أبي حنيفة وصل أم فصل . وقال أبو يوسف ومحمد : إن وصل يصدق ، وإن فصل لا يصدق . وهكذا ذكر شمس الأئمة السرخسي وشيخ الإسلام علاء الدين الإسيبجاني في شرح الكافي ، وعلى هذا نص محمد في الأصل . قال المصنف (وعلى هذا الخلاف إذا قال هي) أي الألف (ستوقه) وهي أردأ من النهرجة (أو رصاص) أي أو قال هي رصاص فلا يصدق عند أبي حنيفة وصل أم فصل ويصدق عندهما إن وصل ، لكن هذا على إحدى الروايتين عن أبي يوسف ، وفي رواية أخرى عنه لا يصدق هاهنا وإن وصل كما قاله

متاع أو أقرضني ألفا وبين أنها زيوف أو نهرجة وقال المقر له هي جياذ لزمه الجياذ عند أبي حنيفة ، وقالوا : إن قال ذلك موصولا يصدق وإلا فلا وعلى هذا الخلاف إذا قال هي ستوقه أو رصاص لكن على أحد قول أبي يوسف فإن في رواية عنه

(قوله فإن في رواية عنه لا يصدق الخ) أقول : يعني لا يصدق في الستوقه والرصاص ، وأيضا إذا أقر بالفلوس لا يصدق في الفلوس لكلا

وعلى هذا إذا قال إلا إنها زيواف : وعلى هذا إذا قال لفلان على ألف درهم زيواف من ثمن متاع . لهما أنه بيان مغير فيصح بشرط الوصل كالشرط والاستثناء . وهذا لأن اسم الدراهم يحتمل الزيواف بحقيقته والسوقة بمجازه . إلا أن مطلقه ينصرف إلى الجهاد فكان بيانا مغيرا من هذا الوجه وصار كما إذا قال إلا أنها وزن خمسة . ولأبي حنيفة أن هذا رجوع لأن مطلق العقد يقتضى وصف السلامة عن العيب ، والزيادة عيب ودعوى العيب رجوع عن بعض موجهه وصار كما إذا قال بعثته معييا وقال المشتري بعثته سليما فالقول للمشتري لما بينا ،

أبو حنيفة . كذا في شرح الجامع الصغير للإمام قاضيخان والإمام الترمذاني (وعلى هذا) أى على هذا الخلاف (إذا قال إلا أنها زيواف) بكلمة الاستثناء (وعلى هذا الخلاف إذا قال لفلان على ألف درهم زيواف) بالجر ، وتجري الصفة على المجرور المحدود دون العدد كقوله تعالى - سبع بقرات سنان - كذا في معراج الدراية . أقول : فلا بد من توجيه وصف المفرد بالجمع فتأمل (من ثمن متاع) هذا تنمة كلام المقر (لهما) أى لأبي يوسف ومحمد في هذه الصورة الخلافية (أنه) أى ما قاله المقر آخر (بيان مغير) لما قاله أولا (فيصح موصولا) أى بشرط الوصل (كالشرط والاستثناء) فإن كل واحد منهما يصح موصولا لا مفصولا لكونه بيان تغيير (وهذا) أى كون آخر كلام المقر فيما نحن فيه بيانا مغيرا (لأن اسم الدراهم يحتمل الزيواف بحقيقته) فإن الزيواف من جنس الدراهم حتى يحصل به الاستيفاء في الصرف أو السلم ولا يصير استبدالا (والسوقة بمجازه) أى ويحتمل السوقة بمجازه لأنها تسمى دراهم مجازا فأمكن أن يتوقف صدر الكلام على عجزه (إلا أن مطلقه) أى مطلق اسم الدراهم (ينصرف إلى الجهاد) لأن بيعات الناس تكون بالجهاد عادة (فكان) أى فكان ذكر الزيواف أو السوقة في آخر الكلام (بيانا مغيرا) لما اقتضاه أول الكلام (من هذا الوجه) أى من الوجه المذكور فإنه كان بيانا من جهة الاحتمال ومغيرا من جهة مخالفة العادة فصح موصولا (وصار) أى صار حكما هذا (كما إذا قال إلا أنها وزن خمسة) أو ستة ونقد بلدهم وزن سبعة صدق إن كان موصولا ولم يصدق إن كان مفصولا . أقول : لو تعرض المصنف في أثناء التعليل لذكر النهرجة أيضا لكان أوجه لأنها مذكورة أيضا في أصل المسئلة . فإن قلت : النهرجة كالزيواف في كونها من جنس الأثمان كما صرح به في مسائل شتى من كتاب القضاء فيجوز أن يكتفى في التعليل بذكر حال الزيواف . قلت : رداءة النهرجة دون رداءة الزيواف كما نبه عليه هناك أيضا ، فكان الأولى الاكتفاء بذكر حال الأدنى ليعلم به حال ما فوقع بالأولوية . ثم أقول : إن قوله لأن اسم الدراهم يحتمل الزيواف بحقيقته والسوقة بمجازه لا يساغده ما ذكر في معتبرات كتب اللغة كالصحيح والقاموس وغيرهما فإن المذكور فيها درهم ستوق وتستوق : أى زيف نهج فكيف يكون اسم الدراهم حقيقة في المفسر مجازا في المفسر فتأمل (ولأبي حنيفة أن هذا) أى ما قاله المقر آخر (رجوع) عما أقر به أولا ودعوى أمر عارض فلا يقبل وإن وصل وذلك (لأن مطلق العقد يقتضى وصف السلامة عن العيب) لأن موجه سلامة البذل المستحق به عن العيب (والزيادة عيب) في الدراهم (ودعوى العيب رجوع عن بعض موجهه) أى عن بعض موجب العقد ، فإذا ادعى أنها زيواف فقد أراد إبطال ما هو المستحق بالعقد فلا يصدق ، وإن وصل (وصار) حكما هذا (كما إذا قال) البائع (بعثته معييا وقال المشتري بعثته سليما فالقول) هناك (للمشتري لما بينا) أن مطلق العقد يقتضى السلامة عن العيب ، فكذا هاهنا ، فحاصل اختلافهم راجع إلى أن الدراهم الزيواف

لا يصدق وإن وصل ، وعلى هذا إذا قال له على ألف درهم إلا أنها زيواف بكلمة الاستثناء ، وعلى هذا إذا قال له على ألف درهم زيواف من ثمن متاع . لهما أنه بيان مغير لأن اسم الدراهم إذا أطلق ينصرف إلى الجهاد لكنه يحتمل الزيواف بحقيقته

(قال المصنف : وعلى هذا إلى قوله فيصح البيع) أقول : قال في النهاية ومعراج الدراية : فإن قيل : استثناء الوصف لا يصح بالإجماع فكيف صححنا استثناء الزيادة منها ؟ قلنا : صححنا ذلك من حيث المعنى ومن حيث المعنى الزيادة عين ليست بوصف ، فإن قوله على ألف من ثمن متاع إلا أنها زيواف بمنزلة قوله إلا أنها نقد بلد كذا ونقد ذلك البلد زيواف ، وهناك صح هذا الاستثناء موصولا بالإجماع ، وهذا في معناه فينبى أن يصح فصار ذلك نوعا

والستوة ليست من الأثمان والبيع يردّ على الثمن فكان رجوعاً . وقوله إلا أنها وزن خمسة يصح استثناء لأنه مقدار بخلاف الجودة لأن استثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء في الدار ،

هل هي داخلة في مطلق اسم الدراهم أم لا . فأبو حنيفة رجح جانب العيب فيها فلم يدخلها تحت مطلق اسم الدراهم حتى كان دعوى الزيادة رجوعاً عما أقرّ أولاً بمطلق الدراهم وهما أدخلها تحت مطلق اسم الدراهم على سبيل التوقف ، حتى كان دعوى الزيادة بعد ذكر اسم الدراهم بيان تغيير كما في الشرط والاستثناء ، كذا في الأسرار وغيره (والستوة ليست من الأثمان) أي ليست من جنس الأثمان (والبيع يردّ على الثمن) فلم تكن الستوة من احتمالات العقد (فكان) أي فكان قوله الآخر (رجوعاً) عما أقر به أولاً : أي فكان دعوى الستوة بتأويل الادعاء رجوعاً من ذلك فلم يصح مفصلاً ولا موصلاً (وقوله إلا أنها وزن خمسة يصح استثناء) هذا جواب عما استشهدا به . تقريره أن ذلك ليس مما نحن فيه لأنه يصح أن يكون استثناء (لأنه مقدار) واستثناء بعض المقدار صحيح لأن أول الكلام يتناول القدر فكان استثناء الملقوظ وهو صحيح بلا ريب (بخلاف الجودة) أي بخلاف ما إذا قال إلا أنها زيوف ، فإن في قوله إلا أنها زيوف استثناء للدراهم الجيدة عن الوجوب في الذمة والجودة وصف فلا يصح استثناءها (لأن استثناء الوصف لا يجوز) لعدم تناول صدر الكلام إياه قصد بل تبعاً (كاستثناء البناء في الدار) على ما مر بيانه . قال في النهاية ومعراج الدراية : فإن قيل : استثناء الوصف لا يصح بالإجماع فكيف صحح أبو يوسف ومحمد استثناء الزيادة من الدراهم ؟ قلنا : صحح ذلك من حيث المعنى ، والزيادة من حيث المعنى عين لا وصف ، فإن قوله لفلان على ألف من ثمن متاع إلا أنها زيوف صار بمنزلة قوله إلا أنها نقد بلد كذا ونقد ذلك البلد زيوف ، وهناك صح هذا البيان موصلاً بالإجماع ، وهذا في معناه فينبغي أن يصح فصار ذلك نوعاً للدراهم لا وصفاً بمنزلة قوله في الحنطة إلا أنها رديئة ، إلى هذا أشار في الأسرار والقوائد الظهيرية انتهى . قال بعض الفضلاء بعد نقل ذلك عن النهاية ومعراج الدراية : وهاهنا بحث ، إذ حينئذ ينبغي أن يقبل

حتى لو تجوز به في الصرف والسلم كان استيفاء لا استبدالاً ، والستوة مجازة لأنها تسمى دراهم مجازاً فأمكن أن يتوقف صدر الكلام على عجزه ، فإذا ذكرها آخرها كان بيان تغيير فيصح موصلاً كالشرط والاستثناء وصار كما إذا قال إلا أنها وزن خمسة . ولأي حنيفة أن هذا رجوع لأن مطلق العقد يقتضي السلامة عن العيب والزيادة عيب فلم يكن داخلاً تحت العقد لكون دعواه بياناً بل يكون رجوعاً عن بعض موجهه ، وصار كما إذا قال بعثك معيها وقال المشتري سلباً كان القول للمشتري لما بينا أن مطلق العقد يقتضي السلامة (والستوة ليست من جنس الأثمان والبيع يردّ على الثمن) فلم يكن من احتمالات العقد (فكان) دعواها (رجوعاً) قال (وقوله إلا أنها وزن خمسة) جواب عما استشهد به . وجهه أنه ليس مما نحن فيه لأنه يصح أن يكون استثناء لأنه مقدار ، بخلاف الجودة فإنها وصف واستثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء في الدار . فإن قيل : قد يستثنى الوصف كما إذا قال له على كسر حنطة من ثمن عبد إلا أنها رديئة لأن الرداءة ضد الجودة فهما صفتان يتعاقبان على موضوع واحد . أجاب بقوله لأن الرداءة نوع لا عيب . فإن قيل : فالجودة كذلك لما مر أنها ضدان دفعا للتحكم . أجيب بأن الرداءة في الحنطة متنوعة لا عيب وفي الدراهم عيب ، لأن العيب ما يخلو عنه أصل الحلقة السليمة ، والحنطة قد تكون رديئة في أصل الحلقة وإن كان نوعاً لم يكن مقتضى مطلق العقد لأنه لا دلالة له على نوع دون نوع ولهذا لا يصح الشراء بالحنطة ما لم يبين أنها جيدة أو وسط

للدراهم لا وصفاً بمنزلة قوله في الحنطة إلا أنها رديئة إليه أشار في الأسرار والقوائد الظهيرية انتهى . وفيه بحث ، إذ حينئذ ينبغي أن يقبل إذا فصل فتأمل (قال المصنف : بخلاف الجودة) أقول : أي بخلاف ما إذا قال إلا أنها زيوف ، فإن فيه استثناء الدراهم الجيدة عن الوجوب في الذمة والجودة صفة ولا يصح استثناء الوصف ، كذا في شرح الكاكي ، وحينئذ كان المناسب في فصل الحنطة لأن الجودة بدل قوله لأن الرداءة لكن المصنف تفنّن فذكر فيه المستثنى الصوري . ثم أعلم أن في دعوى رداءة الحنطة يصدق موصلاً ومفصلاً لأنه بيان تفسير للمجمل وتام التفسير يطلب في غاية البيان (قوله أجيب بأن الرداءة الخ) أقول : هذا ليس على إطلاقه كما سيحى في الصحيفة التالية (قوله لم يكن مقتضى مطلق العقد) أقول : أي لم يكن ما يخالفه : أي الجودة .

بخلاف ما إذا قال على كره حنطة من ثمن عبد إلا أنها ردئية لأن الردءة نوع لا عيب ، فمطلق العقد لا يقتضى السلامة عنها .

إذا فصل فتأمل . أقول : بحسب ليس بشيء ، لأن هذا البيان وإن كان عندهما بيان نوع الدراهم إلا أنه بيان تغيير بناء على أن مطلق العقد يقتضى السلامة والجلودة عرفاً ، فكان استثناء نوع الزبوف من الدراهم تغييراً لمقتضى العقد فكان بيان تغيير من هذا الوجه كما مر ، وبيان التغيير لا يصح إلا موصولاً ، وإنما وقع ذلك الفاضل في الغلط من قول صاحبي النهاية ومعراج الدراية : فصار ذلك نوعاً للدراهم لاوصفاً بمنزلة قوله في الحنطة إلا أنها ردئية ، فإن قوله إلا أنها ردئية يقبل ، وإن فصل كما صرحوا به إلا أن مرادهم أن ذلك بمنزلة قوله في الحنطة إلا أنها ردئية في مجرد كونه نوعاً لاوصفاً لافي الاتحاد في جهة اليبان ، كيف وقد صرحوا بأن هذا بيان تغيير وذلك بيان تفسير . قال المصنف رحمه الله (بخلاف ما إذا قال على كره حنطة من ثمن عبد إلا أنها ردئية ، لأن الرءاءة نوع) أى منوعة (لا عيب) لأن العيب ما يخلو عنه أصل الفطرة والحنطة قد تكون ردئية في أصل الحلقة فكانت الردئية نوعاً منها ولهذا قالوا : لو اشترى حنطة مشاراً إليها فوجدها ردئية لم يكن له خيار الرد بالعيب (فمطلق العقد لا يقتضى السلامة عنها) أى عن الرءاءة ، إذ ليس لمطلق العقد مقتضى في نوع دون نوع ولهذا لا يصح الشراء بالحنطة ما لم يبين أنها جيدة أرى وسطاً أو ردئية فليس في بيانه تغيير موجب أول كلامه فصح موصولاً ومفصولاً ، كذا في المبسوط وغيره . وقال صاحب العناية في شرح هذا المقام : فإن قيل : قد يستثنى الوصف كما إذا قال له على كره حنطة من ثمن عبد إلا أنها ردئية ، لأن الرءاءة ضد الجلودة فهما صفتان يتعاقبان على موضوع واحد . أجاب بقوله لأن الرءاءة نوع لا عيب . فإن قيل : فالجلودة كذلك لما مر أنهما ضدان دفعا للحكم . أجيب بأن الرءاءة في الحنطة منوعة لا عيب وفي الدراهم عيب انتهى . أقول : فيه نظر ، لأن مفاد الجواب الثاني أن الرءاءة في الدراهم عيب وفي الحنطة ليست بعيب لا أنها في الدراهم وصف وفي الحنطة ليست بوصف ، فلا يندفع به أصل السؤال لأن حاصله نقض القول بأن استثناء الوصف لا يجوز بجواز استثناء وصف الرءاءة في الحنطة . على أنه لا يندفع به السؤال الثاني أيضاً لأن حاصله طلب الفرق بين رءاءة الحنطة وجودة الدراهم . ومفاد الجواب عنه بيان الفرق بين رءاءة الحنطة ورءاءة الدراهم . ثم أقول : الباعث على شرحه المقام بالوجه المزبور هو أنه حسب أن قول المصنف رحمه الله : بخلاف ما إذا قال على كره حنطة الخ متعلق بما ذكره في قبيله وهو قوله لأن استثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء في الدار فوقع فيما وقع ، ولكن لا يذهب على ذى فطرة سليمة أن قوله المذكور متعلق بما ذكره في أوائل دليل أبي حنيفة رحمه الله وهو قوله لأن مطلق العقد يقتضى السلامة عن العيب ، والزيادة عيب يرشد إليه قطعاً قوله هاهنا فمطلق العقد لا يقتضى السلامة عنها بعد قوله لأن الرءاءة نوع لا عيب ، ثم أقول : وأما السؤال الذى ذكره الشارح المذكور بقوله : فإن قيل قد يستثنى الوصف كما إذا قال له على كره حنطة من ثمن عبد إلا أنها ردئية . فجوابه أن يقال : ليس هنالك استثناء حقيقة ، وإنما قوله إلا أنها ردئية بيان وتفسير للحنطة في قوله على كره حنطة في صورة الاستثناء ، يرشد إليه أن صاحب الكافي قال في تقرير هذه المسئلة بخلاف ما لو قال له على كره بر من ثمن مبيع أو قرض ، ثم قال هو ردىء فالقول قوله في ذلك وصل أم فصل ، لأن الرءاءة ليست بعيب في البر انتهى حيث بدل قوله إلا أنها ردئية بقوله هو ردىء تنبيهاً على أنه ليس مطمح النظر في هذه المسئلة صيغة الاستثناء بل إن الرءاءة في مثل البر ليست بعيب ، فظهر أن جعل قول المصنف لأن الرءاءة نوع لا عيب جواباً عن السؤال المزبور من ضيق العطن . فإن قلت : للسؤال المزبور جواب آخر أظهر مما ذكرته ، وهو أن قوله إلا أنها ردئية ليس لاستثناء الوصف وهو الرءاءة بل لاستثناء العين وهو الحنطة الردئية ، فالمراد استثناء نوع من الحنطة وهو صحيح بلا ريب فلم تركت هذا الجواب ؟ قلت : لأنه ينتقض على أصل أبي حنيفة بما إذا قال إلا أنها زبوف فإنه لا يقبل عنده مع

أوردئية فليس في بيانه تغيير موجب أول كلامه فصح موصولاً كان أو مفصولاً . وعن أبي حنيفة في غير رواية الأصول في القرض أنه يصدق في الزبوف إذا وصل ، لأن المستقرض إنما يصير مضموناً على المستقرض بالقرض يوجب مثل المقبوض ،

(قوله فليس في بيانه تغيير) أقول : بل فيه تفسير مجمل ،

وعن أبي حنيفة في غير رواية الأصول في القرض أنه يصدق في الزيوف إذا وصل لأن القرض يوجب ردّ مثل المقبوض ، وقد يكون زيفا كما في الغصب . ووجه الظاهر أن التعامل بالحياد فانصرف مطلقه إليها (ولو قال لفلان على ألف درهم زيوف ولم يذكر البيع والقرض قيل يصدق) بالإجماع لأن اسم الدرهم يتناولها (وقيل لا يصدق) لأن مطلق الإقرار ينصرف إلى العقود لتعيينها مشروعة لا إلى الاستهلاك المحرم

جريان أن يقال إنه ليس لاستثناء الوصف وهو الزيافة بل لاستثناء العين وهو الدرهم الزيوف ، ونحن الآن بصدد تنعيم قول أبي حنيفة فلا مجال للتشبه بذلك الجواب هاهنا فتدبر (وعن أبي حنيفة في غير رواية الأصول) المراد بالأصول الجامعان والزيادات والمبسوط ، ويعبر عنها بظاهر الرواية . وعن الأمامي والنوادر والرقيات والهارونيات والكيسانيات بغير ظاهر الرواية (أنه يصدق في الزيوف إذا وصل) يعني في القرض ، كذا وقع في النهاية . وقد وقع التصريح بهذا القيد في بعض النسخ بأن قال : وعن أبي حنيفة في غير رواية الأصول في القرض أنه يصدق في الزيوف إذا وصل يعني إذا قال لفلان على ألف درهم قرض هي زيوف يصدق عنده في غير رواية الأصول إذا وصل قوله هي زيوف بقوله ألف درهم قرض . أما إذا قطع كلامه ثم قال بعد زمان هي زيوف لا يصدق باتفاق الروايات (لأن القرض يوجب مثل المقبوض) يعني أن المستقرض إنما يصير مضمونا على المستقرض بالقبض فالقرض يوجب مثل المقبوض (وقد يكون) المقبوض في القرض (زيفا كما في الغصب) فالواجب حينئذ الزيف لأن القرض يقضى بالمثل كالغصب فيصدق فيه كما يصدق في الغصب . أقول : لقائل أن يقول : هذا التعليل يقتضي أن يصدق في الزيوف في القرض وصل أم فصل كما في الغصب على ما سيأتى مع أنه لا يصدق في صورة القرض إذا فصل باتفاق الروايات كما صرحوا به (ووجه الظاهر) أي وجه ظاهر الرواية (أن التعامل بالحياد) يعني أن المتعارف في التعامل هو الحياد والمطلق ينصرف إلى المتعارف (فانصرف مطلقه) أي مطلق القرض (إليها) أي إلى الحياد فيجب عليه الحياد وبعد ذلك لا تقبل دعوى الزيافة لأنها رجوع عما أقرّ به (ولو قال لفلان على ألف درهم زيوف ولم يذكر البيع والقرض) أي لو أرسل ولم يبين الجهة وادعى أنها زيوف (قيل يصدق بالإجماع) يعني إذا وصل (لأن اسم الدرهم يتناولها) أي يتناول الزيوف ولم يذكر ما يصرفها إلى الحياد (وقيل لا يصدق) قائل هذا هو الكرخي كما صرح به الإمام قاضيجان في شرح الجامع الصغير : أي لا يصدق عند أبي حنيفة وصل أم فصل ، وأما عندهما فيصدق إذا وصل ولا يصدق إذا فصل ، فحاصل المعنى : وقبل هو على الاختلاف السابق أيضا كما صرحوا به (لأن مطلق الإقرار) بالدين (ينصرف إلى العقود) أي إلى الإلزام بسبب العقود (لتعيينها مشروعة) أي لكونها هي المشروعة (لا إلى الاستهلاك المحرم) أي لا ينصرف إلى الإلزام بسبب الاستهلاك المحرم ، إذ لا يجوز حمل أمر المسلم على الحرام ما أمكن ، فصار هذا وما بين سبب التجارة سواء . قال في الفتاوى الصغرى : ولو أرسل ولم يبين الجهة ثم قال هي زيوف قال الفقيه أبو جعفر : لم يذكر هذا في الأصول . فن المشايخ من قال هو على هذا الاختلاف ،

والمقبوض قد يكون زيفا كما في الغصب . وجه الظاهر أن التعامل بالحياد والحياد هي المتعارفة والمطلق ينصرف إلى المتعارف ، والمراد بالأصول الجامعان والزيادات والمبسوط ويعبر عنها بظاهر الرواية ، وعن الأمامي والنوادر والرقيات والهارونيات والكيسانيات بغير ظاهر الرواية (ولو قال لفلان على ألف درهم زيوف ولم يبين الجهة) قال الفقيه أبو جعفر : لم يذكر هذا في الأصول ، فن المشايخ من قال (يصدق بالإجماع) إذا وصل لأن اسم الدرهم يتناولها (ولم يذكر ما يصرفها إلى الحياد) وقال الكرخي : هو على الاختلاف (وقيل لا يصدق) عنده مطلقا لأن مطلق الإقرار ينصرف إلى العقود لتعيينها مشروعة ، لا إلى

(قال المصنف : وقيل ، إلى قوله : ينصرف إلى العقود الخ) أقول : أي عند أبي حنيفة وصل أم فصل ، وعندهما يصدق إذا وصل لأنه بيان تغيير ، ثم أقول : يشبه أن يكون القول الأول لهما والثاني لأبي يوسف كما مر في مسألة إمام الإقرار للحمل في الورق السابق .

(ولو قال اغتصبت منه ألفا أو قال أودعني ثم قال هي زبوف أو نهرجة صادق وصل أم فصل) لأن الإنسان يغضب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له في الجياد ولا تعامل فيكون بيان النوع فيصح وإن فصل .

ومنهم من قال هاهنا يصدق إجماعا لأن الجوده تجب على بعض الوجوه دون البعض فلا تجب مع الاحتمال انتهى (ولو قال اغتصبت منه ألفا أو قال أودعني) أى أودعني ألفا (ثم قال هي زبوف أو نهرجة صادق وصل أم فصل) هذه من مسائل الجامع الصغير . قال المصنف في تعليلها (لأن الإنسان يغضب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له) أى لواحد من الغضب والإيداع (ولا تعامل) بخلاف البيع فإن عقد البيع يقتضيها في الجياد : أى ولا تعامل في غصب الجياد ولا في إيداعها ، بخلاف القرض فإن التعامل فيه بالجياد فلا يكون قوله هي زبوف بعد الإقرار بغضب الألف أو إيداعها تغييرا لأوّل كلامه (فيكون بيان النوع فيصح وإن فصل) قال صاحب العناية : وفيه نظر . لأنه قد تقدم في قول أبي حنيفة إن الزيافة في الدراهم عيب فيكون ذكر الزيف رجوعا فلا يقبل أصلا . فلا أقل من أن يكون بيانا مغيرا فلا يقبل مفصولا انتهى . أقول : هذا النظر في غاية السقوط . لأنه إنما يلزم من كون الزيافة عيبا في الدراهم كون ذكر الزبوف رجوعا أو بيانا مغيرا إن لم يتناول أول كلام المقر المعيوب وغير المعيوب على سواء . بل كان مخصوصا بغير المعيوب وهو الجياد . إما من جهة تحقق المقتضى كما في البيع أو التعامل كما في القرض . وإذا قد تبين في التعليل المذكور عدم تحقق مقتضى الجياد ولا التعامل بها في الغضب والإيداع تعين تناول أول كلام المقر الجياد والزبوف على سواء فلم يكن ذكر الزبوف في آخر كلامه رجوعا عما أقرّ به أصلا ولا بيانا مغيرا في شيء بل كان بيان النوع قطعا . وقال صاحب العناية : ويمكن أن يجاب عنه بأننا قد ذكرنا أنها صفة والموصوف بها قد يكون متصفا بها من حيث الخلقة فيكون منوعا ليس إلا كما في الخلطة وقد لا يكون ، وحينئذ يجوز أن يكون منوعا وعيبا ، والضابط في ذلك أن ينظر في الجهة الموجبة لها . فإن اقتضت السلامة كانت الزيافة عيبا وإلا كانت نوعا ، وذلك لأنها لما اقتضتها تقيدت بها فلا يمكن أن تكون الزيافة نوعا منها لتباينها لكنها تنافيا تنافي التضاد فكانت عيبا ، لأن ضد السلامة عيب . وإذا لم تقتضها كانت نوعا نوعين لمطلق الدراهم لاحتماله إياها لاحتمال الجنس الأنواع هذا ، انتهى كلامه . أقول : هذا كلام خال عن التحصيل ، أما أولا فلأن الزيافة في الدراهم مما لا يكون الموصوف بها متصفا بها من حيث الخلقة أصلا إذ هي أمر عارض للدراهم تخلو عنها الدراهم في أصل خلقها ، وإنما التي قد يكون الموصوف بها متصفا بها من حيث الخلقة هي الرداءة في الخلطة كما مرّ وهي بمعزل عما نحن فيه فلا معنى لخلط ذلك هاهنا . وأما ثانيا فلأن ما ذكره في الضابط من أن الجهة الموجبة للدراهم إن اقتضت السلامة كانت الزيافة عيبا ، وإلا كانت نوعا ليس بمعقول المعنى ، لأن كون الزيافة في الدراهم عيبا أمر مقرر غير

الاستهلاك المحرم فصار هذا وما بين سببه تجارة سواء (ولو قال اغتصبت منه ألفا أو قال أودعني ألفا ثم قال هي زبوف أو نهرجة صادق لأن الإنسان يغضب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له في الجياد ولا تعامل) في غصب الجياد ولا في إيداعها بخلاف الاستقراض فإن التعامل فيه بالجياد كما مر (فيكون بيان النوع فيصح وإن كان مفصولا) وفيه نظر لأنه قد تقدم في قول أبي حنيفة أن الزيافة في الدراهم عيب فيكون ذكر الزيف رجوعا فلا يقبل أصلا فلا أقل من أن يكون بيانا مغيرا فلا يقبل مفصولا . ويمكن أن يجاب عنه أننا قد ذكرنا أنها صفة والموصوف بها قد يكون متصفا بها من حيث الخلقة فيكون منوعا ليس إلا كما في الخلطة ، وقد لا يكون ، وحينئذ يجوز أن يكون منوعا وعيبا . والضابط في ذلك أن ينظر في الجهة الموجبة لها فإن اقتضت السلامة كانت الزيافة عيبا وإلا كانت نوعا ، وذلك لأنها لما اقتضتها تقيدت بها فلا يمكن أن تكون الزيافة نوعا منها لتباينها ، لكنها تنافيا تنافي التضاد فكانت عيبا ، لأن ضد السلامة عيب ، وإذا لم تقتضها كانت نوعين لمطلق الدراهم لاحتماله

(قوله في الجهة الموجبة لها) أقول : أى للموصوف ، وأنت الضمير بتأويل كون ذلك الموصوف دراهم وما يشبهها (قوله وإلا كانت نوعا) أقول : أى منوعا (قوله لما اقتضتها تقيدت بها) أقول : يعنى لما اقتضت السلامة تقيدت بالسلامة (قوله فلا يمكن أن تكون الزيادة نوعا منها) أقول : فيه شيء إلا أن يراد بالضمير الراجع إليها السليمة على طريق الاستخدام .

ولهذا لو جاء راد المغصوب والوديعة بالمعيب كان القول قوله . وعن أبي يوسف أنه لا يصدق فيه . مفصولا اعتبارا بالقرض إذ القبض فيهما هو الموجب للضمان . ولو قال هي ستوق أو رصاص بعد ما أقر بالغصب والوديعة ووصل صدق ، وإن فصل لم يصدق لأن الستوق ليست من جنس الدراهم لكن الاسم يتناولها مجازا فكان بيانا . غيرا فلا بد من الوصل (وإن قال في هذا كله ألفا ثم قال إلا أنه ينقص كذا لم يصدق وإن وصل صدق)

تابع لاقتضاء الجهة الموجبة لها السلامة ، وإنما تأثير اقتضاءها السلامة عند أبي حنيفة في إخراج الدراهم الموصوفة بذلك العيب عن مطلق اسم الدراهم المذكورة في تلك الجهة لا في جعلها معيبة ، وكذلك في كون الزيافة نوعا : أى متنوعة ليس بتابع لعدم اقتضاء الجهة السلامة ، بل الزيافة كالجوذة متنوعة على كل حال ، فإن الجياد والزيوف نوعان من مطلق الدراهم قطعا سواء اقتضت الجهة السلامة أم لا ، وأما ثالثا فلأنه إن أراد بقوله وإذا لم تقتضها كانتا نوعين لمطلق الدراهم أنهما حينئذ كانتا نوعين لمطلق الدراهم ولم تكن الزيافة عيبا فهو ممنوع . بل الزيافة عيب على كل حال ، وكونها نوعا لا ينافي كونها عيبا . فإن كون بعض الأنواع معيوباً بالنسبة إلى بعض الآخر ليس بعزير ، وإنما لا تكون عيباً لو كانت في أصل خلقة الدراهم وليست كذلك . وإن أراد بذلك أنهما حينئذ كانتا نوعين لمطلق الدراهم ، وإن كانت الزيافة عيباً أيضاً فلا يحصل الجواب عن النظر المذكور بما ذكره أصلاً كما لا يخفى على الفطن . قال المصنف (ولهذا) أى ولأجل أن لا مقتضى له في الجياد ولا تعامل (لو جاء راد المغصوب) وهو الغاصب (والوديعة) أى وراد الوديعة وهو المودع (بالمعيب) متعلق بجاء : أى لو جاء رادها بالمعيب (كان القول له) أى للراد فإن الاختلاف متى وقع في صفة المقبوض كان القول للقابض ضميناً كان أو أميناً (وعن أبي يوسف أنه لا يصدق فيه) أى في الغصب لا في الوديعة كما صرحوا به (مفصولاً) أى إذا ادعى الزيافة مفصولاً (اعتباراً بالقرض) أى قياساً عليه (إذ القبض فيهما) أى في الغصب والقرض (هو الموجب للضمان) يعنى أن الجامع بينهما كون الموجب للضمان هو القبض ، وجوابه يفهم مما تقرر تدبر (ولو قال هي ستوق أو رصاص بعد ما أقر بالغصب والوديعة ووصل صدق وإن فصل لم يصدق) هذه المسئلة مما ذكره في شروح الجامع الصغير تفريعاً على المسئلة المارة . قال الإمام علاء الدين الإسيجاني في شرح الكافي للحاكم الشهيد : وإن قال هي ستوق أو رصاص صدق وإن وصل ولم يصدق إذا فصل : يعنى في الغصب والوديعة وذلك لأنها ليست من جنس الدراهم حقيقة وإن كانت من جنسها صورة ، فصار إرادتها باسم الدراهم كإرادة المجاز باسم الحقيقة ، وإذا بين أنه أراد باللفظ المجاز موصولاً قبل وإلا فلا انتهى . وعلل المصنف هذه المسئلة بما علل به الإمام الإسيجاني فقال (لأن الستوق ليست من جنس الدراهم) أى ليست من جنسها حقيقة ولهذا لا يجوز التجوز بها في باب الصرف والسلم (لكن الاسم) أى اسم الدراهم (يتناولها) أى يتناول الستوق (مجازاً) للمشابهة بين الستوق والدراهم من حيث الصورة (فكان بيانا مغيراً) لما اقتضاه أول كلامه ، لأن أول كلامه يتناول الدراهم صورة وحقيقة ، وبآخر كلامه بين أن مراده الدراهم صورة لاحقيقة (فلا بد من الوصل) لأن بيان التغيير يصبح موصولاً لا مفصولاً ، بخلاف ما سبق لأن الزيوف والنهرجة دراهم صورة وحقيقة فليس في بيانه تغيير لأول كلامه فصح موصولاً ومفصولاً (وإن قال في هذا كله) أى فيما ذكر من البيع والقرض والغصب والإيداع (القائم قال إلا أنه ينقص كذا لم يصدق ، وإن وصل صدق) هذه من مسائل الجامع الصغير . قال المصنف

إياهما احتمال الجنس الأنواع هذا ، والله أعلم بالصواب (قوله ولهذا) أى ولأجل أن لا مقتضى له في الجياد لو جاء راد المغصوب والوديعة بالمعيب كان القول له ، فإن الاختلاف متى وقع في صفة المقبوض فالقول للقابض ضميناً كان أو أميناً . وعن أبي يوسف أنه لا يصدق فيه مفصولاً اعتباراً بالقرض ، إذ الموجب للضمان فيهما هو القبض وهو موجود فيهما . ولو أقر بالغصب والوديعة ثم قال هي ستوق أو رصاص موصولاً صدق ، لأن ستوق ليست من جنس الدراهم كما مر ، لكن كلامه يحتمله مجازاً فكان بيانا مغيراً فلا بد من الوصل (ولو قال في هذا كله) يعنى المذكور من البيع والقرض والغصب (ألفا إلا أنه ينقص كذا فإن وصل صدق

لأن هذا استثناء المقدار والاستثناء يصح موصولا . بخلاف الزيادة لأنها وصف واستثناء الأوصاف لا يصح ، واللفظ يتناول المقدار دون الوصف وهو تصرف لفظي كما بينا ، ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام فهو واصل لعدم إمكان الاحتراز عنه (ومن أقر بغصب ثوب ثم جاء بثوب معيب فالقول له) لأن الغصب لا يختص بالسليم (ومن قال لآخر أخذت منك ألف درهم وديعة فهلكت فقال لا بل أخذتها غصبا فهو ضامن ، وإن قال أعطيتها وديعة فقال لا بل غصبتها لم يضمن) والفرق أن في الفصل الأول أقر بسبب الضمان وهو الأخذ ثم ادعى ما يبرئه وهو الإذن والآخر

في تعليقه (لأن هذا استثناء المقدار) أى استثناء لبعض ما أقر به من المقدار (والاستثناء يصح موصولا) لا مفصولا فيصير الكلام عبارة عما وراء المستثنى (بخلاف الزيادة لأنه وصف) أى لأن الزيادة وصف ذكر الضمير باعتبار الوصف (واللفظ يتناول المقدار دون الوصف ، وهو أى الاستثناء (نصرف لفظي كما بينا) فيما مر فيصيح في تناول اللفظ دون غيره (ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام) أى لضرورة انقطاع الكلام بسبب انقطاع النفس أو أخذ السعال أو ما أشبه ذلك (فهو واصل) أى هو في حكم الواصل حتى يصح استثناءه (لعدم إمكان الاحتراز عنه) لأن الإنسان قد يحتاج إلى أن يتكلم بكلام كثير ويذكر الاستثناء في آخره ، ولا يمكنه أن يتكلم بجميع ذلك بنفس واحد فكان عفو . قال فخر الدين قاضيه خان في شرح الجامع الصغير : ولو فصل بينهما بفصل بطريق الضرورة بأن انقطع عنه الكلام ثم وصل ، فعن أبي يوسف أنه يصح استثناءه وعليه الفتوى ، لأن الإنسان يحتاج إلى أن يتكلم بكلام كثير مع الاستثناء ولا يقدر أن يتكلم به بنفس واحد فجعل ذلك عفو ، انتهى كلامه . وقال الكاسي في معراج الدراية : وبه قال الأئمة الثلاثة : يعنى مالكا والشافعي وأحمد رحمهم الله تعالى (ومن أقر بغصب ثوب ثم جاء بثوب معيب فالقول له) هذا لفظ القدوري في مختصره . قال المصنف في تعليقه (لأن الغصب لا يختص بالسليم) فإن الإنسان يغصب ما يجد من الصحيح والمعيب والجيد والزيف فكان القول قوله فيما غصب سواء وصل أم فصل (ومن قال لآخر أخذت منك ألف درهم وديعة فهلكت فقال) أى المقر له (لا بل أخذتها غصبا فهو) أى المقر (ضامن) يعنى كان القول في هذه المسئلة قول المقر له مع يمينه فالمقر ضامن إلا أن ينكل المقر له عن اليمين (وإن قال أعطيتها وديعة فقال) أى المقر له (لا بل غصبتها لم يضمن) أى لم يضمن المقر في هذه المسئلة بل كان القول قوله مع يمينه ، وهاتان المسائلتان من مسائل الجامع الصغير . قال المصنف (والفرق) بينهما (أن في الفصل الأول) وهو قوله أخذت منك ألف درهم وديعة (أقر بسبب الضمان وهو الأخذ) لقوله صلى الله عليه وسلم « على اليد ما أخذت حتى ترد » وهذا يتناول رد العين حال بقائها ورد المثل حال زوالها لكون المثل قائما مقام الأصل (ثم ادعى) أى ثم ادعى المقر بقوله وديعة (ما يبرئه) عن الضمان (وهو الإذن) بالأخذ (والآخر) وهو المقر

لأنه استثناء مقدار) وقد تقدم بيانه (ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام فهو واصل) لأن الإنسان قد يحتاج إلى التكلم بكلام كثير ويذكر الاستثناء في آخره ، ولا يمكن أن يتكلم بجميع ذلك بنفس واحد فكان عفو لعدم الاحتراز عنه قال (ومن أقر بغصب ثوب) هذه تقدم وجهها أن الغصب لا يختص بالسليم (قوله ومن قال لآخر أخذت منك ألف درهم) المقر إما أن يتكلم بما يدل على فعل نفسه كقوله أخذت وشبهه ، أو على فعل غيره كأعطيت ، فإن كان الأول وأتى بما لا يوجب الضمان نحو أن يقول أخذت وديعة فإن صدقه المقر له فذاك ، وإن كذبه فإن ادعى ما يدل على الإذن بالأخذ كالقرض فالقول للمقر مع يمينه ، وإن ادعى غيره ضمن المقر لأنها في الأولى توافقا على أن الأخذ كان بالإذن والمقر له يدعى سبب الضمان وهو القرض والآخر ينكره ، فكان القول قوله بخلاف الثانية . وإن كان الثاني نحو أن يقول أعطيتي وديعة وادعى الآخر غصبا لم يضمن ، والفرق أنه في الأول أقر بسبب الضمان وادعى ما يبرئه وأنكره الخصم فكان القول قوله ، وفي الثاني ادعى الخصم

(قال المصنف : بخلاف الزيادة لأنه وصف الخ) أقول : في بعض ما ذكر وهو البيع والقرض ، وإنما قلنا ذلك لما سبق آفقا من أنه في الغصب والوديعة بيان النوع فينبى أن يصح الاستثناء فتأمل .

ينكره فيكون القول له مع اليمين . وفي الثاني أضاف الفعل إلى غيره وذلك يدعى عليه سبب الضمان وهو الغصب فكان القول لمنكره مع اليمين والقبض في هذا كالأخذ والدفع كالإعطاء ، فإن قال قائل : إعطاؤه والدفع إليه لا يكون إلا بقبضه ، فنقول : قد يكون بالتخاية والوضع بين يديه ، ولو اقتضى ذلك فالمتقضى ثابت ضرورة فلا يظهر في انعقاده سبب الضمان ، وهذا بخلاف ما إذا قال أخذتها منك ودیة وقال الآخر لا بل قرضا حيث يكون القول للمقر وإن أقر بالأخذ لأنهما توافقا هنالك على أن الأخذ كان بالإذن إلا أن المقر له يدعى سبب الضمان وهو القرض والآخر ينكر

له (ينكره) أى ينكر الإذن (فيكون القول له مع اليمين) هذا ما قالوا . أقول : فيه بحث ، لأنهم إن أرادوا أن الأخذ مطلقا سبب الضمان فهو ممنوع ، بل الأخذ إذا كان بإذن المالك كأخذ الوديعة بإذن المودع فليس بسبب الضمان قطعا لقوله صلى الله عليه وسلم « ليس على المستعير غير المغل ضمان ، ولا على المستودع غير المغل ضمان » كما استدلوا به في كتاب الوديعة . على أن الوديعة أمانة في يد المودع إذا هلك لم يضمن ، فيكون ما أخذه اليد بهذا الطريق مخصوصا عن قوله عليه الصلاة والسلام « على اليد ما أخذت حتى ترد » وإن أرادوا أن الأخذ بغير إذن المالك سبب الضمان فهو مسلم . ولكن لانسلم أن في الفصل الأول أقر بالأخذ بغير الإذن . بل أقر بالأخذ المقيد بكونه ودیة وهو الأخذ بالإذن فتأمل في الجواب . قال في الكفاية : فإن قيل : ينبغي أن يصدق المقر ويجعل قوله ودیة بيان تغيير كما لو قال لفلان على ألف ودیة . قلنا : صدر الكلام هنا موجه الغصب فلا يحتمل الوديعة ، فقوله ودیة يكون دعوى مبتدأة لا بيان ما احتمله صدر الكلام . وأما قوله لفلان على ألف يحتمل الوديعة : يعنى على حفظه . فيكون قوله ودیة بيان تغيير فيصدق موصولا انتهى . أقول : في الجواب بحث ، إذ لانسلم أن صدر الكلام هنا موجه الغصب ، كيف وسيجىء في كتاب الغصب أن الغصب في اللغة : أخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب ؟ وفي الشريعة : أخذ مال موقوف محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يده . ولا ريب أن صدر الكلام هاهنا وهو قوله أخذت منك ألف درهم أعم من كل واحد من معني الغصب . ومن المقرر أن العام لا يدل على الخاص بإحدى الدلالات الثلاث ، فإني يكون موجه الغصب ، وكأن صاحب معراج الدراية تنبه لما قلنا حيث قال بعد ذكر ما في الكفاية من السؤال والجواب . كذا قيل وفيه نوع تأمل (وفي الثاني) أى وفي الفصل الثاني وهو قوله أعطينيها ودیة (أضاف الفعل إلى غيره) وهو المقر له فلم يكن مقرا بسبب الضمان (وذلك) أى ذلك الغير (يدعى عليه) أى على المقر (سبب الضمان وهو الغصب) والمقر ينكره (فكان القول لمنكره مع اليمين) قال المصنف (والقبض في هذا) أى في الحكم المذكور (كالأخذ) يعنى لو قال المقر قبضت منك ألف درهم ودیة فقال المقر له بل غصبتيها كان ضامنا ، كما لو قال أخذت منك ألف درهم ودیة (والدفع كالإعطاء) يعنى لو قال المقر دفعتم إلى ألف درهم ودیة فقال المقر له بل غصبتيها لم يضمن كما لو قال أعطينيها (فإن قال قائل الإعطاء والدفع إليه) أى إلى المقر (لا يكون إلا بقبضه) فكان الإقرار بالإعطاء والدفع إقرار بالقبض ، وإذا أقر بالقبض يضمن فينبغي أن يضمن إذا أقر بالإعطاء والدفع أيضا (فنقول) في الجواب : لانسلم أن الإعطاء والدفع إليه لا يكون إلا بقبضه بل (قد يكون) لكل واحد من الإعطاء والدفع (بالتخاية والوضع بين يديه) بدون قبضه فلم يقتض الإقرار بهما الإقرار بالقبض (ولو اقتضى ذلك) أى ولئن سلمنا أنه اقتضى ذلك (فالمتقضى ثابت ضرورة) والثابت بالضرورة يثبت بأدنى ما يندفع به الضرورة (فلا يظهر في انعقاد سبب الضمان) لعدم الحاجة إليه . قال المصنف (وهذا) أى وهذا الذى قلنا من نهي المقر بالأخذ ودیة إذا قال المقر له أخذتها غصبا (بخلاف ما) أى ملابس ، بخلاف ما (إذا قال) أى المقر (أخذتها منك ودیة وقال الآخر لا بل قرضا حيث يكون القول للمقر وإن أقر بالأخذ لأنهما توافقا هنالك) أى فيما إذا قال المقر له أخذتها قرضا (على أن الأخذ كان بالإذن) لأن الأخذ بالقرض لا يكون إلا بالإذن كالأخذ بالوديعة (إلا أن المقر له يدعى سبب الضمان وهو القرض والآخر ينكر) ذلك

سبب الضمان وهو الغصب وهو منكر فالقول قوله . فإن قيل : الإعطاء والدفع لا يكون إلا بقبضه ، قلنا : ممنوع قد يكون

فأفترقا (وإن قال هذه الألف كانت ودیعة لی عند فلان فأخذتها فقال فلان هی لی فإنه يأخذها) لأنه أقر بالید له وادعی استحقاقها علیه وهو ینکر والقول للمنکر (ولو قال آجرت دابتی هذه فلانا فركبها وردّها ، أو قال آجرت ثوبی هذا فلانا فلبسه وردّه وقال فلان كذبت وهما لی فالقول قوله) وهذا عند أبي حنیفة (وقال أبو یوسف ومحمد : القول قول الذی أخذ منه الدابة والثوب) وهو القیاس وعلى هذا الخلاف الإعارة والإسكان . ولو قال خا ط فلان ثوبی هذا بنصف درهم ثم قبضته وقال فلان الثوب ثوبی فهو على هذا الخلاف فی الصحيح (وجه القیاس ما بیناه فی الودیعة .

فكان القول للمنکر (فأفترقا) أى فافترقا ما إذا قال المقر له أخذتها غصبا وما إذا قال أخذتها قرضا . أقول : هاهنا نظر ، لأن الذی یدعیه المقر إنما هو ما یرثه عن الضمان كما صرح به فی المسئلة الأولى ، وليس ذلك هو الإذن المطلق ، فإن كثيرا مما يحصل بالإذن كالبيع والقرض ونظائرها أسباب موجبة للضمان فلا يتصور أن تكون مبرئة عن الضمان ، بل إنما ذلك هو الإذن المخصوص الحاصل فی ضمن الودیعة ، ولا شك أن المقر له لا یوافق على الأخذ بهذا الإذن المخصوص ، وإلا لما ادعی علیه سبب الضمان وهو القرض . وأما توافقهما على مطلق الإذن فلا یجدى نفعاً فی الفرق لأن ادعاء المقر ما یرثه عن الضمان وهو الإذن المخصوص الحاصل فی ضمن الودیعة وإنكار المقر له إياه بقوله لا باقیا بعینهما فیم إذا قال المقر له بل أخذتها قرضا غاية الأمر أن المقر له أيضا یدعی سبب الضمان وهو القرض والمقر ینكره . وإذا تعارض دعواهما وإنكارهما بقی إقرار المقر أولا بسبب الضمان وهو الأخذ سالما عن الدافع كما فیما إذا قال المقر له بل أخذتها غصبا فلم یفترقا افتراقا یوجب اختلاف الحكم تأمل جدا (وإن قال هذه الألف كانت لی ودیعة عند فلان فأخذتها) منه (فقال فلان هی لی فإنه) أى فإن فلانا (يأخذها) هذه من مسائل الجامع الصغیر . قال المصنف فی تعلیلها (لأنه) أى لأن المقر (أقر بالید له) أى لفلان . وفى الكافی : وأقر بالأخذ منه والسبیل فی الأخذ الردّ على المأخوذ منه (وادعی استحقاقها علیه) أى ادعی استحقاقه الألف على فلان بقوله كانت لی ودیعة عند فلان (وهو ینکر والقول للمنکر) مع یمینه (ولو قال آجرت دابتی هذه فلانا فركبها وردّها) على (أو قال آجرت ثوبی هذا فلانا فلبسه وردّه) على (وقال فلان كذبت) بل الدابة والثوب لی (فالقول له) أى للمقر (وهذا) أى كونه القول قول المقر (عند أبي حنیفة . وقال أبو یوسف ومحمد : القول قول الذی أخذ منه الدابة والثوب) وقول أبي حنیفة هاهنا استحسان وقولهما قیاس ، كذا قالوا فی شروح الجامع الصغیر وإليه أشار المصنف بقوله (وهو القیاس) أى قول أبي یوسف ومحمد هو القیاس ، فیهم منه أن قول أبي حنیفة هو الاستحسان ولهذا قال فیما بعد : وجه القیاس وجه الاستحسان . ، ثم إن هذا كله إذا لم تكن الدابة أو الثوب معروفا للمقر . أما إذا كان معروفا له كان القول للمقر فی قولهم جميعا ، لأن الملك فیه إذا كان معروفا للمقر لا یكون مجرد الید فیه لغيره سببا للاستحقاق علیه ، كذا فی المبسوط والإيضاح وذكر فی الشروح (وعلى هذا الخلاف) أى على الخلاف المذكور آنفا (الإعارة والإسكان) بأن قال أعرت دابتی هذه فلانا فركبها ثم ردها على ، أو أعرت ثوبی هذا فلانا فلبسه ثم رده على ، وبأن قال أسكنت دارى هذه فلانا ثم أخرجته منها فقال فلان كذبت بل الدابة والثوب والدار لی (ولو قال خا ط فلان ثوبی هذا بنصف درهم ثم قبضته وقال فلان الثوب ثوبی فهو على هذا الخلاف فی الصحيح) احتراز به عن قول بعضهم إن القول فی هذا قول المقر بالإجماع فیکون ذلك دلیلا لأبی حنیفة ، ولكن ذلك ليس بثابت فی الأصول ، بل قال عامة المشایخ هو على هذا الخلاف أيضا قال المصنف (وجه القیاس ما بیناه فی الودیعة) أراد به قوله لأنه أقر بالید له وادعی

بالتخلية . سلمناه لكنه ضرورى فلا یظهر فی انعقاده سببا للضمان ، وكلامه ظاهر (قوله القول قول الذی أخذ منه الدابة والثوب) بعنى إذا لم یكن ذلك معروفا للمقر ، أما إذا كان معروفا كان القول للمقر فی قولهم جميعا ، لأن الملك فیه إذا كان معروفا للمقر لا یكون مجرد الید فیه لغيره سبب الاستحقاق علیه . وقوله (فی الصحيح) احتراز عن قول بعضهم إن القول هاهنا قول المقر بالإجماع فیکون ذلك دلیلا لأبی حنیفة . وقوله (وجه القیاس ما بیناه فی الودیعة) أراد به قوله لأنه أقر بالید له وادعی استحقاقها علیه

وجه الاستحسان وهو الفرق أن اليد في الإجارة والإعارة ضرورية تثبت ضرورة استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فيكون عندما فيما وراء الضرورة فلا يكون إقرارا له باليد مطلقا. بخلاف الوديعة لأن اليد فيها مقصودة والإيداع إثبات اليد قصدًا فيكون الإقرار به اعترافًا باليد للمودع . ووجه آخر أن في الإجارة والإعارة والإسكان أقرّ يد ثابتة من جهته فيكون القول قوله في كفيته. ولا كذلك في مسألة الوديعة لأنه قال فيها كانت وديعة ، وقد تكون من غير صنعه . حتى لو قال أودعتها

استحقاقها عليه وهو ينكر والقول للمنكر (وجه الاستحسان وهو الفرق) بين مسألة الوديعة وبين هذه المسائل (أن اليد في الإجارة والإعارة ضرورية) يعني أن اليد فيهما ليست بمقصودة بل هي ضرورية تثبت ضرورة استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فتكون عندما أي فتكون اليد معدومة (فيما وراء الضرورة) فلا تظهر في حق الاستحقاق على المقر لأن ما ثبت بالضرورة يقتصر على قدر الضرورة (فلا يكون) أي فلا يكون الإقرار بالإجارة والإعارة (إقرارا له) أي للمقر له (باليد مطلقا) أي من كل وجه بل يكون إقرارا له باليد لأجل استيفاء المعقود عليه فقط فلا يكون مقرا بالملك لغيره ثم مدعيا لنفسه (بخلاف الوديعة لأن اليد فيها مقصودة) فإن المقصود منها هو الحفظ والحفظ لا يكون بدون اليد (والإيداع إثبات اليد قصدًا فيكون الإقرار به) أي بالإيداع (اعترافًا باليد للمودع) أقول : لقائل أن يقول : إن أريد أن الإقرار بالإيداع يكون لمعترفا باليد للمودع مطلقا أي من كل وجه كما صرح به في الكافي حيث قال : فكان الإقرار بالوديعة إقرارا باليد للمقر له مطلقا فهو ممنوع ، إذ الإيداع إثبات يد المحافظة دون إثبات يد الملك فكيف يكون الإقرار بالإيداع إقرارا باليد مطلقا للمودع ، وإن أريد أن الإقرار به يكون اعترافًا بيد المحافظة للمودع فهو مسلم ولكن لا يتم به التقريب كما لا يخفى (ووجه آخر) للاستحسان وهو الفرق (أن في الإجارة والإعارة والإسكان أقرّ يد ثابتة من جهته) أي من جهة المقر (فيكون القول قوله في كفيته) أي في كيفية ثبوت اليد له بأي طريق كان كما لو كان في يده عيب وقال هذا عيبى بعته من فلان ولم أسلمه إليه بعد فقال المقر له لا بل كان عيبى لم أشره منك كان القول قول المقر له دون المقر له لهذا المعنى ، كذا في النهاية ومعراج الدراية . وكما لو قال ملكت عيبى هذا فلانا بألف درهم إلا أنى لم أقبض الثمن فلى حق الحبس كان القول له وإن زعم الآخر خلافه ، كذا في العناية وشرح تاج الشريعة أخذًا من الأسرار (ولا كذلك في مسألة الوديعة ، لأنه) أي لأن المقر (قال فيها كانت وديعة ، وقد تكون) أي الوديعة (من غير صنعه) كاللقطة فإنها وديعة في يد الملتقط وإن لم يدفعها إليه صاحبها ، وكذا الثوب إذا هبت الريح فألقته في دار إنسان فإنه يكون وديعة عند صاحب الدار ، وإن لم يدفعها إليه صاحبها . كذا في عامة الشروح . أقول : هنا كلام ، أما أولا : فلأن ظاهر قول المصنف وقد يكون من غير صنعه ينافي ما ذكره في الوجه الأول من أن الإيداع إثبات اليد قصدًا ، لأن إثبات اليد قصدًا يقتضى الصنع . فإن قلت : مراده أنها قد تكون من غير صنع المقر لا من صنع المودع وكون الإيداع إثبات اليد قصدًا إنما يقتضى صنع المودع فلا منافاة . قلت : فحينئذ يلزم أن لا يصح المثالان المزبوران اللذان ذكرهما جمهور الشراح ، وذكر الثاني صاحب الكافي أيضا ، إذ لا يصح لأحد في ثبوت يد الملتقط في اللقطة وفي ثبوت يد صاحب الدار في الثوب الذي ألقته الريح في داره . وأما ثانيا فلأن تمثيل جمهور الشراح الوديعة هاهنا بالمثالين المزبورين ينافي ما صرحوا به في أول كتاب الوديعة من أن الوديعة هي التسلط على الحفظ ، وذلك إنما يكون بالعقد والقصد ، والأمانة أهم من ذلك ، فإنها قد تكون بغير عقد وقصد كما إذا هبت الريح في ثوب إنسان فألقته في بيت غيره ، ووجه المناقاة ظاهر (حتى لو قال) أي المقر أودعتها

وهو ينكر والقول للمنكر . وقوله (فيكون القول قوله في كفيته) أي في كيفية ثبوت اليد بأي طريق كان ، كما لو قال ملكت عيبى لك بألف درهم إلا أنى لم أقبض الثمن ولى حق الحبس كان القول قوله وإن زعم الآخر خلافه . وقوله (وقد يكون من غير صنعه) كاللقطة فإنها وديعة في يد الملتقط وإن لم يدفعها إليه صاحبها ، وكذا إذا هبت الريح وألقت ثوبا في دار إنسان .

(قال المصنف : والإيداع إثبات اليد) أقول : قال الإيتاني : يعني ثبوت الملك انتهى . والأظهر أن يقال : يعني في حق الحكم باليد المقر له

كان على هذا الخلاف ، وليس مدار الفرق على ذكر الأخذ في طرف الوديعة وعدمه في الطرف الآخر وهو الإجارة وأختاه ، لأنه ذكر الأخذ في وضع الطرف الآخر في كتاب الإقرار أيضا ، وهذا بخلاف ما إذا قال اقتضيت من فلان ألف درهم كانت لي عليه أو أقرضته ألفا ثم أخذتها منه وأنكر المقر له حيث يكون القول قوله لأن الديون تقضى بأمثالها ، وذلك إنما

كان جواب هذه المسئلة أيضا (على هذا الخلاف) المذكور في مسائل الإجارة والإعارة والإسكان . أقول : بقي هاهنا شيء ، وهو أن الفرق المذكور إنما يتضح لو كانت صورة مسئلة الوديعة ما لو قال هذه الألف كانت وديعة عند فلان بدون ذكر لفظة لي . وأما على ما ذكرت في الكتاب من قوله فإن قال هذه الألف كانت لي وديعة عند فلان فيشكل ذلك ، إذ الظاهر أن لفظة لي تفيد ثبوت اليد من جهته فيشول معنى قوله المذكور إلى معنى قوله أودعتها عند فلان (وليس مدار الفرق على ذكر الأخذ في طرف الوديعة وعدمه) أي عدم ذكر الأخذ (في الطرف الآخر وهو الإجارة وأختاه) أي الإعارة والإسكان . قال في غاية البيان : إنما ذكر الضمير الراجع إلى الإجارة على تأويل العقد . قلت : وإنما قال وأختاه ولم يقل وأخواه مع أن أحدهما وهو الإسكان كان مذكرا ، وفي مثل ذلك يغلب المذكر على المؤنث ولا يعكس ، أما على تأويلهما بالصورتين أو بالمستلتين ومراد المصنف هاهنا الرد على الإمام القمي فيما ذكر من الفرق فإنه قال : إنما وجب الرد في مسئلة الوديعة لأنه قال فيها أخذتها منه فيجب جزاؤه وجزاء الأخذ الرد . وقال في الإجارة وأختها : فردها على فكان الافتراق في الحكم للافتراق في الوضع . وقالوا في شروح الجامع الصغير : هذا الفرق ليس بشيء ، لأن محمدا ذكر في كتاب الإقرار لفظ الأخذ في الإجارة وأختها أيضا ، وإليه أشار بقوله (لأنه ذكر الأخذ في وضع الطرف الآخر في كتاب الإقرار أيضا) بقي وجه آخر للفرق ذكره الإمام قاضيخان في شرح الجامع الصغير ، ونقل عنه في النهاية ومعراج الدراية ، وهو أن في الإجارة والإعارة لو أخذنا المؤجر والمعير بإقرارهما امتنع الناس عن الإجارة والإعارة فلا يؤخذان بإقرارهما استحسانا كيلا تنقطع الإجارة والإعارة ، وأما في الوديعة فنفعه الإيداع تعود إلى المالك ، فلو أخذنا المالك بإقراره لا ينقطع الإيداع انتهى . أقول : يرد عليه أن يقال : تعود المنفعة في الإجارة أيضا إلى المالك وهو المؤجر ، لأنها عقد معاوضة لا عقد تبرع فتعود فيها منفعة الأجرة إلى المؤجر قطعا ، كما يعود في الإيداع منفعة الحفظ إلى المودع ، فلم يتم الفرق المذكور بالنظر إلى مسئلة الإجارة وإن تم بالنظر إلى مسئلة الإعارة ، اللهم إلا أن يقال : منفعة الأجرة وإن عادت في الإجارة إلى المؤجر لكن منفعة الدار ونحوها تعود إلى المستأجر ، ولا يقدر المؤجر على الانتفاع بهامدة الإجارة فينصر بها من هذه الجهة بخلاف الإيداع فإنه تقع محض للمودع فافتراقا في الجملة (وهذا) أي الذي ذكر في الإجارة وأختها (بخلاف ما إذا قال اقتضيت) أي قبضت (من فلان ألف درهم كانت لي عليه أو أقرضته ألفا ثم أخذتها منه وأنكر المقر له حيث يكون القول قوله) أي قول المقر له (لأن الديون تقضى بأمثالها) لا بأعيانها (وذلك) أي قضاء الديون بأمثالها (إنما

وقوله (وليس مدار الفرق) إشارة إلى الرد على الإمام القمي فيما ذكره أن الرد إنما وجب في مسئلة الوديعة لأنه قال فيها أخذتها منه فيجب جزاؤه وجزاء الأخذ الرد . وقال في الإجارة وأختها : أي العارية والسكنى فردها على فكان الافتراق في الحكم للافتراق في الوضع . وقالوا في شروح الجامع الصغير : هذا الفرق ليس بشيء ، لأن محمدا ذكر في كتاب الإقرار لفظ الأخذ في الإجارة وأختها أيضا ، وإنما الفرق الصحيح ما ذكر في الكتاب (وهذا) أي الذي ذكره في الإجارة وأختها (بخلاف ما إذا قال اقتضيت من فلان ألف درهم كانت لي عليه أو أقرضته ألفا ثم أخذتها منه وأنكر المقر له حيث يكون القول قوله المقر له لأن الديون تقضى بأمثالها) وذلك معلوم ، فإذا أقر باقتضاء الدين فقد أقر بقيض مثل هذا الدين ، لأن الاقتضاء إنما

(قال المصنف : كان على هذا الخلاف) أقول : على هذا الوجه بخلاف الأول كما لا يخفى (قوله على الإمام القمي) أقول : القمي بضم القاف هو على بن موسى القمي تلميذ محمد بن شجاع البلخي ، وهو تلميذ حسن بن زياد ، وهو تلميذ أبي حنيفة ، وقم : بلد معروف بالعراق (قال المصنف : وذلك إنما

يكون بقبض مضمون ، فإذا أقر بالانقضاء فقد أقر بسبب الضمان ثم ادعى تملكه عليه بما يدعيه من الدين مقاصة والآخر ينكره . أما هاهنا المقبوض عين ما ادعى فيه الإجارة وما أشبهها فافترقا ، ولو أقر أن فلانا زرع هذه الأرض أو بنى هذه الدار أو غرس هذا الكرم وذلك كله في يد المقر فادعاهما فلان وقال المقر لأبل ذلك كله لي استعنت بك ففعلت أو فعلته بأجر فالقول للمقر لأنه ما أقر له باليد وإنما أقر بمجرد فعل منه ، وقد يكون ذلك في ملك في يد المقر وصار كما إذا قال خاط لي الحياط قميصي هذا بنصف درهم ولم يقل قبضته منه لم يكن إقرارا باليد ويكون القول للمقر لما أنه أقر بفعل منه وقد يخطط ثوبا في يد المقر كذا هذا .

يكون بقبض مضمون (أى بقبض مال مضمون يصير ديننا على الدائن ثم يصير قصاصا بدينه على المدينون) فإذا أقر بالانقضاء فقد أقر بسبب الضمان ثم ادعى تملكه عليه بما يدعيه من الدين مقاصة والآخر ينكره ، أما هاهنا (يعنى في صورة الإجارة وأختيها) المقبوض عين ما ادعى فيه الإجارة وما أشبهها فافترقا (قال صاحب العناية في تقرير هذا المقام : لأن الدين يقتضى بأمثالها وذلك معلوم ، فإذا أقر باقتضاء الدين فقد أقر بقبض مثل هذا الدين لأن الانقضاء إنما يكون بقبض مال مضمون ، والإقرار بقبض مال مضمون إقرار بسبب الضمان ثم ادعى تملك ما أقر بقبضه بما يدعيه من الدين مقاصة والآخر ينكره ، أما هاهنا : يعنى في صورة الإجارة وأختيها فالمقبوض عين ما ادعى فيه الإجارة وما أشبهها فافترقا . وقال : عليك بتطبيق ما ذكرنا بما في المتن ليظهر التقديم والتأخير الواقع في كلام المصنف بحسن التدبر إن شاء الله تعالى . أقول : لا يظهر لذي فطرة سليمة بتطبيق ما ذكره بما في المتن ويتدبر فيه بحسن التدبير تقديم وتأخير في كلام المصنف ، بل يظهر له نوع اختلال في كلام الشارح . أما الأول فلأن قوله فإذا أقر باقتضاء الدين فقد أقر بقبض مثل الدين ليس عين قول المصنف فإذا أقر بالانقضاء فقد أقر بسبب الضمان لا اختلاف تاليهما فلا يقتضى تقديم ذاك تقديم هذا ، كيف . ولو قدم هذا ووضع موضع ذاك فليل لأن الدين يقتضى بأمثالها ، فإذا أقر بالانقضاء فقد أقر بسبب الضمان لم يتم التفريع المستفاد من الفاء في فإذا أقر مثل ما تم في تقديم ذاك يشهد بذلك كله الذوق الصحيح . وأما الثاني فلأنه علل قوله فإذا أقر باقتضاء الدين فقد أقر بقبض مثل الدين بقوله لأن الانقضاء إنما يكون بقبض مال مضمون والإقرار بقبض مال مضمون إقرار بسبب الضمان ، ولا يخفى أن مفاد هذا التعليل أن الإقرار بالانقضاء إقرار بسبب الضمان ، لأن الإقرار باقتضاء الدين إقرار بقبض مثل الدين كما هو المدعى (ولو أقر أن فلانا زرع هذه الأرض أو بنى هذه الدار أو غرس هذا الكرم وذلك كله في يد المقر) أى والحال أن ذلك كله في يد المقر (فادعاهما) أى فادعى الأرض والدار والكرم (فلان) لنفسه (وقال المقر لأبل ذلك كله لي استعنت بك) على الزراعة أو البناء أو الغرس (ففعلت أو فعلته بأجر فالقول للمقر) هذه من مسائل المبسوط ذكرها المصنف تفريعا وقال في تعليلها (لأنه) أى لأن المقر (ما أقر له) أى لفلان (باليد ، وإنما أقر بمجرد فعل منه) أى من فلان (وقد يكون ذلك) أى الفعل من الغير (في يد المقر) يعنى أن الإقرار بمجرد فعل من الغير لا يدل على اليد لأن العمل قد يكون من المعين والأجير والعين في يد صاحبه (وصار) أى صار حكم هذا (كما إذا قال خاط لي الحياط قميصي هذا بنصف درهم ولم يقل قبضته منه لم يكن إقرارا باليد ويكون القول للمقر لما أنه أقر بفعل منه) أى من الحياط (وقد يخطط ثوبا في يد المقر كذا هذا) أى كذا حكم المسائل المذكورة . قال في النهاية : فحصل

يكون بقبض مال مضمون والإقرار بقبض مال مضمون إقرار بسبب الضمان ثم ادعى تملك ما أقر بقبضه بما يدعيه من الدين مقاصة والآخر ينكره ، أما هاهنا : يعنى في صورة الإجارة وأختيها فالمقبوض عين ما ادعى فيه الإجارة وما أشبهها فافترقا . وعليك بتطبيق ما ذكرنا بما في المتن ليظهر التقديم والتأخير الواقع في كلام المصنف بحسن التدبير إن شاء الله تعالى ، وبأى كلامه لاحتياج إلى شرح .

يكون بقبض مضمون (أقول : لعله من قبيل : سيل مفعم ، إن كان التركيب توصيفيا ، ويجوز أن يكون إضافيا) قوله وعليك بتطبيق . إلى قوله : بحسن التدبير (أقول : فيه بحث .

(باب إقرار المريض)

قال (وإذا أقرّ الرجل في مرض موته بديون وعليه ديون في صحته وديون لزمته في مرضه بأسباب معلومة فدين الصحة والدين المعروف الأسباب مقدم) وقال الشافعي رحمه الله : دين المرض ودين الصحة يستويان لاستواء سببهما وهو الإقرار الصادر عن عقل ودين ،

من هذا كله أن جنس هذه المسائل على ثلاثة أنواع : ففي نوع منها كان القول قول المقرّ له بالإجماع وهو مسألة الوديعة والإقراض والاقتضاء . وفي نوع منها كان القول قول المقرّ بالإجماع وهو مسألة بيع العبد ومسألة زرع هذه الأرض أو بناءها هذه الدار ومسألة خياطة الثوب بدون ذكر القبض منه . وفي نوع منها اختلفوا فيه . فعند أبي حنيفة القول قول المقرّ كما في الثاني ، وعندهما القول قول المقرّ له كما في النوع الأول وهو مسألة الإجارة والإعارة والإسكان وخياطة الثوب مع ذكر القبض انتهى .

(باب إقرار المريض)

لما فرغ من بيان أحكام إقرار الصحيح شرع في بيان أحكام إقرار المريض ، لأن المرض بعد الصحة ، وأفرده بباب على حدة لاختصاصه بأحكام ليست للصحيح (وإذا أقرّ الرجل في مرض موته بديون) أي بديون غير معلومة الأسباب (وعليه ديون في صحته وديون لزمته في مرضه) أي في مرض موته (بأسباب معلومة) متعلق بلزمته : أي لزمته بأسباب معلومة مثل بدل مال ملكه أو استهلكه أو مهر مثل امرأة تزوّجها وعلم معاينة (فدين الصحة والدين المعروف الأسباب مقدم) على ما أقرّ به في مرضه ، إلى هنا لفظ القدوري في مختصره . قال المصنف (وقال الشافعي : دين المرض) سواء كان بسبب معلوم أو بإقراره (ودين الصحة يستويان لاستواء سببهما وهو الإقرار الصادر عن عقل ودين) وإنما تعرّض لوصفي العقل والدين لأنهما المانعان عن الكذب في الإخبار والإقرار إخبار عن الواجب في الذمة ، ولا تفاوت في ذلك بين صحة المقرّ ومرضه ، بل بالمرض يزداد جهة رجحان الصديق لأن المرض سبب التورّع عن المعاصي والإنابة عما جرى في الماضي ، فالاحتراز عن الكذب في هذه

(باب إقرار المريض)

أفرد إقرار المريض في باب على حدة لاختصاصه بأحكام ليست للصحيح ، وأخره لأن المرض بعد الصحة . قال (وإذا أقرّ الرجل في مرض موته الخ) إذا مرض المدينون ولفظ ديون حال مرضه بأسباب معلومة مثل بدل مال ملكه أو استهلكه أو مهر مثل امرأة تزوّجها وعلم معاينة أو أقرّ في مرضه بديون غير معلومة الأسباب فدين الصحة والتي عرفت أسبابها مقدمة على الديون المقرّ بها (وقال الشافعي : دين الصحة ودين المرض) سواء كان بسبب معلوم أو لا (يستويان لاستواء سببهما وهو الإقرار الصادر عن الأهل) إذ الغرض فيه المضاف إلى محله وهي الذمة القابلة للحقوق ، فصار كل إنشاء التصرف مبايعة أو مناكحة ،

(باب إقرار المريض)

(قال المصنف : وإذا أقرّ الرجل ، إلى قوله : مقدم) أقول : التعبير عن المقرّ به تارة بصيغة الجمع وتارة بصيغة المفرد للدلالة على أنه لا فرق بين الدين والديون في الحكم (قال المصنف : وقال الشافعي دين المرض ودين الصحة ، إلى قوله : ومناكحة) أقول : المدعى عام لما ثبت بالإقرار أو بالمعاينة ، والدليل خاص فينبغي أن يضم إليه أنه لم يفصل أحد بين الثابت بالإقرار في دين الصحة ، والثابت بالمعاينة فكذلك يجب أن يكون حال الثابت في المرض ، ويجوز أن يكون من التنبيه بحال الأذى على حال الأهل . ثم أقول : القياس على المبايعة والمناكحة يدلان على كون الإقرار سبب الملك عند الشافعي على ما ذهب إليه بعض أصحابنا لدليله على ما هو المختار ، وأشار إليه المصنف في تقرير دليل أئمتنا (قوله وهو الإقرار الصادر الخ) أقول : أي هو الإقرار الصادر عن الأهل والإقرار المضاف إلى المحل ، ولكن بقي ما هنا

ومحل الوجوب الذمة القابلة للحقوق فصار كإنشاء التصرف مباحة ومناكحة . ولنا أن الإقرار لا يعتبر دليلاً إذا كان فيه إبطال حق الغير ، وفي إقرار المريض ذلك لأن حق غرماء الصحة تعلق بهذا المسال استيفاء . ولهذا منع من التبرع والمحابة إلا بقدر الثلث ،

الحالة أكثر فكان جهة قبول الإقرار فيه أوفر ، كذا في الشروح . واعترض بعض الفضلاء على تقرير دليل الشافعي بالوجه الذي ذكره المصنف حيث قال : فيه كلام ، وهو أن هذا الدليل إنما يفيد مساواته للدين الثابت بالإقرار في الصحة فلا يطابق المدعى كما لا يخفى . والأولى أن يقال : وعند الشافعي الدين في المرض يساوي الدين في الصحة لاستواء السبب المعلوم والإقرار انتهى كلامه . أقول : يمكن أن يجاب عنه بأن هذا الدليل إذا أفاد مساواة دين المرض للدين الثابت بالإقرار في الصحة فقد أفاد مساواته للدين الثابت بالمعينة أيضاً بناءً على عدم القائل بالفصل بين دينك الدينين ، ويطلق على مثل ذلك الإجماع المركب كما تقرر في علم الأصول . وأراد بعض الفضلاء أن يجيب عنه بوجه آخر حيث قال : المدعى عام لما ثبت بالإقرار أو بالمعينة والدليل خاص ، ثم قال : ويجوز أن يكون من التنبيه بحال الأدنى على حال الأعلى . أقول : لا حاصل له هاهنا لأنه إن أراد أنه يجوز أن يكون من التنبيه بمساواة دين المرض لأدنى ديني الصحة وهو الدين الثابت بالإقرار في الصحة على مساواته لأعلى ديني الصحة وهو الدين اللازم في الصحة بأسباب معلومة فليس بصحيح ، إذ لا يلزم من وصول الشيء إلى رتبة الأدنى وصوله إلى رتبة الأعلى فكيف يجوز التنبيه بالأول على الثاني ، وإن أراد أنه يجوز أن يكون من التنبيه بمساواة أدنى ديني المرض وهو الدين الثابت بالإقرار في المرض للدين الثابت بالإقرار في الصحة على مساواة أعلى ديني المرض وهو الدين اللازم في المرض بأسباب معلومة للدين الثابت بالإقرار في الصحة فهو مسلم ، إذ يلزم من وصول الأدنى إلى رتبة شيء وصول الأعلى إلى رتبة ذلك الشيء بالأولوية لكنه لا يجدي شيئاً هاهنا ، إذ الكلام في قصور الدليل المذكور عن إفادة مساواة دين المرض للدين اللازم في الصحة بأسباب معلومة مع عموم المدعى ، وهذا لا يندفع بذلك . على أن مساواة الدين اللازم في المرض بأسباب معلومة للدين الصحة مما لا نزاع فيه فلا فائدة في التنبيه عليه أصلاً (ومحل الوجوب الذمة القابلة للحقوق) وهي ذمة الحر البالغ العاقل وهي في حالتي الصحة والمرض سواء ، فاستوى دين المرض ودين الصحة في سبب الوجوب وفي محله فيستويان في الوجوب ، وإذا استويا وجوبا استويا استيفاء (وصار كإنشاء التصرف مباحة ومناكحة) أي صار إقراره في المرض كإنشائه التصرف بالبيع والنكاح في حالة المرض وذلك مساو لتصرفه في حالة الصحة فكذا هاهنا (ولنا أن الإقرار لا يعتبر دليلاً إذا كان فيه إبطال حق الغير) أي إذا تضمن إبطال حق الغير ، كما لو رهن أو آجر شيئاً ثم أقر أنه لغيره فإنه لا ينفذ إقراره في حق المرتهن والمستأجر لتعلق حقهما به (وفي إقرار المريض ذلك) أي إبطال حق الغير (لأن حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال) يعني مال المريض (استيفاء) أي من حيث الاستيفاء (ولهذا ذلك) أي المريض (من التبرع والمحابة إلا بقدر الثلث) قال صاحب النهاية : أي فيما إذا لم يكن عليه دين ، وأما إذا كانت الديون محيطة بماله فلا يجوز تبرعه أصلاً في الثلث وما دونه انتهى . واقتنى أثره صاحب العناية في حل

وإنما تعرض لوصف العقل والدين لأنهما المانعان عن الكذب في الإخبار ، والإقرار لإخبار عن الواجب في ذمته ، ولا تفاوت في ذلك بين صحة المقر ومرضه (ولنا أن الإقرار غير معتبر إذا تضمن إبطال حق الغير وإقرار المريض تضمنه ، لأن حق غرماء الصحة تعلق بهذا المسال استيفاء ولهذا منع من التبرع والمحابة) أصلاً إذا أحاطت الديون بماله وبزيادة على الثلث إذا لم يكن

شيء وهو أن ظاهر هذا الكلام لا يطابق المشروح (قال المصنف : لأن حق غرماء الصحة الخ) أقول : وبهذا يخرج الجواب عن قوله : ومحل الوجوب الذمة ، فإن الدين يتعلق بالمال عند الموت لحراب الذمة ، وسبب الموت المرض فيستند حكم الحراب إلى أول المرض ويصير كأن الدين متعلق بالمال عند الإقرار ، إليه أشير في المبسوط (قال المصنف : ولهذا منع من التبرع الخ) أقول : التفرع بظااهره غير مستقيم كما لا يخفى على المتأمل ، ثم رأيت في الكفاية ما يهتم كونه جواباً عن ذلك ، وهو هذا استدلال بالعام ليحصل التقريب بالأولوية وهو أن المريض لما تعلق بما له حق الوارث لا يعتبر تبرعه إلا من الثلث ، فإذا منع من التبرع فيما إذا تعلق به حق الوارث وهو أصعب الحقين فلأن يمنع فيما إذا

بخلاف النكاح لأنه من الحوائج الأصلية

هذا المحل بهذا المعنى ، ولكن غير العبارة حيث قال : ولهذا منع من التبرع والمحابة أصلا إذا أحاطت الديون بماله وبالزيادة على الثلث إذا لم يكن عليه ديون انتهى . أقول : ليس هذا بشرح صحيح ، إذ الظاهر من قولهمنا إذا لم يكن عليه دين إذا لم يكن عليه شيء من الديون أصلا بمقتضى وقوع النكحة في سباق النبي فحينئذ يصير معنى كلام المصنف : ولتعلق حق غرماء الصحة بمال المريض منع من التبرع والمحابة بالزيادة على الثلث فيما إذا لم يكن على المريض دين أصلا . ولا يخفى أن هذا معنى لغو يناقض آخره أوله ، لأنه إذا لم يكن على المريض دين أصلا لم يتصور تعلق حق الغرماء بماله . فالوجه في حل هذا المحل أن يقال : ما ذكره المصنف فيما إذا كان عليه ديون ولكن لم تحط بماله ، وأما إذا أحاطت الديون بماله فيمنع من التبرع مطلقا : أى بالثلث وبما دونه ، نعم يمنع المريض من التبرع والمحابة بالزيادة على الثلث وإن لم يكن عليه دين أصلا ، لكن ذلك ليس لتعلق حق الغرماء بماله بل لتعلق حق الورثة به . فالمنع لأجل تعلق حق الغرماء بماله كما هو مقتضى قول المصنف ولهذا منع إنما يتصور في صورة تحقق الدين عليه كما لا يخفى على ذي مسكة . ثم إن جمهور الشراح قالوا في قول المصنف ولهذا منع من التبرع والمحابة إلا بقدر الثلث : جواب عما ادعاه الشافعي من استواء حال الصحة وحال المرض ، فإنه لو كانتا متساويتين لما منع من التبرع والمحابة في حال المرض كما لا يمنع عنهما في حال الصحة . أقول : يرد عليه أن يقال : لم لا يجوز أن يكون منعه من التبرع والمحابة بالزيادة على الثلث في حالة المرض لتعلق حق الورثة بما له في تلك الحالة لا لتعلق حق الغرماء به ؟ ألا يرى أنه يمنع من ذلك في تلك الحالة وإن لم يكن عليه دين أصلا فلا يتم الجواب عما ادعاه الشافعي ، لأن ما ادعاه استواء حالتي الصحة والمرض في حق غرماء الصحة والمرض لا في حق الورثة . ثم أقول : كان الحق على المصنف أن يقول بدل قوله المذكور ولهذا منع من التبرع والمحابة أصلا إذا أحاطت الديون بماله إذ يتم الجواب حينئذ عما ادعاه الشافعي قطعاً ، ويصح التفريع على ما قبله بلا غبار كما لا يخفى على الفطن ، وكان الإمام الزيلعي تنبه لقصور ما ذكره المصنف هاهنا في التفريع حيث قال في شرح الكنز بدل ذلك : ولهذا منع من التبرع والمحابة مطلقاً في حقهم غير مقدر بالثلث ، لكن فيما قاله إفراط كما كان فيما قاله المصنف تفريط ، لأن منعه من التبرع والمحابة مطلقاً في حقهم غير مقدر بالثلث ليس بمطلق بل فيما إذا أحاطت الديون بماله ، وأما فيما إذا لم تحط به فقدّر بالثلث ، والظاهر من كلامه الإطلاق فكان فيه إفراط ، فالحق الذي لا يحيد عنه في تنقيح الكلام هاهنا لإفادة تمام المقصود ما نبهنا عليه آنفاً . فإن قيل : الإقرار بالوارث في المرض صحيح مع أنه يطل به حق سائر الورثة فلم لم يصح الإقرار بالدين في المرض إذا كان فيه إبطال حق غرماء الصحة مع استوائهما في إبطال حق الغير ؟ قلنا : استحقاق الوارث المال بالنسب والموت جميعاً فالاستحقاق يضاف إلى آخرهما وجوداً وهو الموت ، ألا يرى أن شاهدي النسب قبل الموت إذا رجعا بعد الموت والمشهود له أخذ المال لم يضمنا شيئاً . فأما الدين فلم يجب بالموت بل يجب بالإقرار ، كذا في المبسوط والأسرار (بخلاف النكاح) جواب عما استشهد به الشافعي من إنشاء النكاح : يعني لا يلزمنا ذلك (لأنه من الحوائج الأصلية) فإن بقاء النفس بالناسل ولا طريق للناسل إلا بالنكاح والمرء غير ممنوع عن صرف ماله إلى الحوائج الأصلية وإن كان ثمة دين الصحة كالصرف عليه دين ، وفي هذا التوضيح جواب عما ادعى الشافعي من الاستواء بين حال الصحة والمرض ، فإنه لو كانتا متساويتين لما منع من التبرع والمحابة في حال المرض كما في حال الصحة . فإن قيل : الإقرار بالوارث في المرض صحيح وقد تضمن إبطال حق بقية الورثة أجب بأن استحقاق الوارث المال بالنسب والموت جميعاً ، فالاستحقاق يضاف إلى آخرهما وجوداً وهو الموت . بخلاف الدين فإنه يجب بالإقرار لا بالموت (قوله بخلاف النكاح) جواب عما استشهد به الشافعي من إنشاء النكاح والمباينة ، وذلك لأن النكاح من الحوائج الأصلية والمرء غير ممنوع من الحوائج الأصلية وإن كان ثمة دين الصحة كالصرف إلى ثمن الأدوية والأغذية

تعلق به حق الغريم وهو أقوى أولاه . وأنت خير بأن عدم استقامة التفريع باق بعد (قال المصنف : بخلاف النكاح لأنه من الحوائج الأصلية) أقول : سيجيء أن قضاء الدين أيضاً من الحوائج الأصلية . وإبطال حق الغرماء مشترك ، فإن البضغ ليس بمال متقوم فافرق ؟ وجوابه أنه لم يظهر ثبوت الدين هنا لمكان التهمة حتى يكون قضاؤه من الحوائج فليتامل

وهو بمهر المثل ، وبخلاف المبايعة بمثل القيمة لأن حق الغرماء يتعلق بالمالية لا بالصورة ، وفي حالة الصحة لم يتعلق بالمال لقدرته على الاكتساب فيتحقق التثمين ، وهذه حالة العجز وحالتا المرض حالة واحدة لأنه حالة الحجر ، بخلاف حالتي الصحة

إلى ثمن الأدوية والأغذية (وهو) أى النكاح (بمهر المثل) هذه جملة حالية : يعنى أن النكاح من الحوائج الأصلية حال كونه بمهر المثل ، وأما الزيادة على ذلك فباطلة والنكاح جائز ، كذا في العناية . قال بعض الفضلاء : فيه بحث ، فإن النكاح من الحوائج الأصلية مطلقا . أقول : كون النكاح من الحوائج الأصلية مطلقا ممنوع ، فإن الحوائج الأصلية ما يكون من ضروريات الإنسان ، والنكاح بأكثر من مهر المثل ليس من ضرورياته لإمكان حصوله بمهر المثل . فإن قيل : لو تزوج وهو لا يحتاج إليه بسبب أن له نساء جوارى وهو شيخ كبير لا يولد له عادة جاز ، وهى تشارك غرماء الصحة مع أن هذا النكاح لم يكن من الحوائج الأصلية لأنه ليس له رجاء بقاء النسل ولا احتياج قضاء الشهوة . قلنا : النكاح في أصل الوضع من مصالح المعيشة والعبرة لأصل الوضع لا للحال فإن الحال بما لا يوقف عليها ليتبين الأمر عليها ، إليه أشار في الأسرار وذكر في الشروح (وبخلاف المبايعة بمثل القيمة) جواب عما استشهد به الشافعي من إنشاء المبايعة : يعنى ولا يلزمنا المبايعة بمثل القيمة (لأن حق الغرماء يتعلق بالمالية لا بالصورة) والمالية باقية في المبايعة بمثل القيمة وإن فأت الصورة ، فلم يكن في إنشاء ذلك إبطال شيء من حقوقهم بل فيه تحويل حقوقهم من محل إلى محل بعد له ، وللبدل حكم المبدل . ولما استشعر أن يقال لو يتعلق حق الغرماء بمال المديون بطل إقراره بالدين حالة الصحة أيضا لأن الإقرار المتضمن لإبطال حق الغير غير معتبر كما مر مع أن ذلك ليس يبطل بالإجماع . أجاب بقوله (وفي حالة الصحة لم يتعلق) حق الغرماء (بالمال) أى بمال المديون (لقدرته على الاكتساب) أى لقدرته المديون على الاكتساب في تلك الحالة (فيتحقق التثمين) أى تثمين المال وهو تكثيره ، يقال ثمر الله ماله : أى كثره فلم تقع الحاجة إلى تتعلق حق الغرماء بماله (وهذه) أى حالة المرض (حالة العجز) عن الاكتساب فيتعلق حقوقهم بماله في هذه الحالة حذرا عن التوى . ولما استشعر أن يقال سلمنا ذلك لكن إذا أقر في المرض ثانيا ينبغي أن لا يصح لتعلق حق المقر له الأول بماله ، كما لا يصح إقراره في المرض في حق غرماء الصحة لتعلق حقوقهم بذلك . أجاب بقوله (وحالتا المرض حالة واحدة) أى حالة أول المرض وحالة آخره بعد أن يتصل به الموت حالة واحدة (لأنه) أى لأن المرض (حالة الحجر) ولهذا يمنع عن التبرع فكان الإقراران في المرض بمنزلة إقرار واحد ، كما أن حالتي الصحة حالة واحدة فيعتبر الإقراران جميعا (بخلاف حالتي الصحة

(قوله وهو بمهر المثل) يجوز أن يكون حالا : يعنى أن النكاح من الحوائج الأصلية حال كونه بمهر المثل ، وأما الزيادة على ذلك فباطلة والنكاح جائز . فإن قيل : لو تزوج شيخ فان رابعة جاز وليس بمحتاج إليها فلم يكن من الحوائج الأصلية . أجيب بأن النكاح في أصل الوضع من مصالح المعيشة والعبرة لأصل الوضع لا للحال ، فإن الحال بما لا يوقف عليها (قوله وبخلاف المبايعة) يعنى أن المبايعة بمثل القيمة لا تبطل حق الغرماء لأنه يتعلق بالمالية لا بالصورة والمالية باقية . فإن قيل : لو يتعلق حق الغرماء بمال المديون بطل إقراره بالدين حال الصحة لأن الإقرار المتضمن لإبطال حق الغير ليس بمعتبر كما مر . أجاب بقوله (وفي حال الصحة لم يتعلق بالمال لقدرته على الاكتساب فيتحقق التثمين) فلم يحتج إلى تعليق الغرماء بماله (وهذه) أى حالة المرض (حالة العجز) عن الاكتساب فيتعلق حقوقهم به حذرا عن التوى . فإن قيل : سلمنا ذلك لكن إذا أقر في المرض ثانيا ونجب أن لا يصح لتعلق حق المقر له الأول بماله كما لا يصح في حق غرماء الصحة لذلك . أجاب بقوله (وحالتا المرض حالة واحدة) يعنى أوله وآخره بعد اتصال الموت به حالة واحدة (لأنه حالة الحجر) فكانا بمنزلة إقرار واحد كحالتي الصحة فيعتبر الإقراران جميعا (بخلاف حالتي الصحة

(قوله وهو بمهر المثل) أقول : هذه جملة معترضة (قوله يجوز أن يكون حالا) أقول : يعنى من المستقر في الخبر (قوله يعنى أن النكاح من الحوائج الأصلية حال كونه بمهر المثل) أقول : وفيه بحث ، فإن النكاح من الحوائج الأصلية مطلقا .

والمرض ، لأن الأولى حالة إطلاق وهذه حالة عجز فافترقا ، وإنما تقدم الديون المعروفة الأسباب لأنه لاتهمة في ثبوتها إذ المعائن لامرد له ، وذلك مثل بدل مال ملكه أو استهلكه وعلم وجوبه بغير إقراره أو تزوج امرأة بمهر مثلها ، وهذا الدين مثل دين الصحة لا يقدم أحدهما على الآخر لما بينا ،

والمرض ، لأن الأولى (أى حالة الصحة (حالة إطلاق) للتصرف (وهذه) أى حالة المرض (حالة عجز) عن التصرف . قال في غاية البيان : لو قال حالة حجر لكان أولى لكونه أشد مناسبة بالإطلاق (فافترقا) أى افترق الوجهان أو الحكمان فنع تعلق حق الغرماء الصحة بماله عن إقراره في حالة المرض ، ولم يمنع الإقرار في أول المرض عن الإقرار في آخره . ثم إن الدليل المذكور أفاد تقديم دين الصحة على الدين الثابت بالإقرار في حالة المرض . وبقى الكلام في تقديم الديون المعروفة الأسباب عليه فقال (وإنما تقدم المعروفة الأسباب) يعنى إنما تقدم الديون اللازمة في حالة المرض بأسباب معلومة على الدين الثابت بالإقرار في حالة المرض (لأنه لاتهمة في ثبوتها) أى في ثبوت تلك الديون (إذ المعائن لامرد له) يعنى أن ثبوتها بالمعينة والأمر المعائن لا مرد له فتقدم على المقر به في المرض (وذلك) أى ما ذكر من الديون المعروفة الأسباب (مثل بدل مال ملكه) كضمن المبيع وبدل القرض (أو استهلكه) أى أو بدل مال استهلكه (وعلم وجوبه) أى وجوب البدل (بغير إقراره) أى بغير إقرار المريض بأن يثبت وجوبه بمعينة القاضى أو بالبينة (أو تزوج امرأة بمهر مثلها) هذا عطف على بدل مال ملكه أو استهلكه بحسب المعنى ؛ كأنه قال أو مهر مثل امرأة تزوجها فإنه أيضا من الديون المعروفة الأسباب . أقول : الظاهر أن كون العلم بوجوبه بغير إقرار المريض شرط في هذا المثال أيضا ؛ وإلا كان مما يثبت بإقرار المريض فلا يصح مثالا لما يقدم عليه من الديون المعروفة الأسباب ، وإذا كان ذلك شرطا في هذا أيضا لا يرى في تأخير المصنف عن قوله وعلم وجوبه بغير إقراره وجه وجيه (وهذا الدين) يعنى الدين اللازم في المرض بأسباب معلومة (مثل دين الصحة لا يقدم أحدهما على الآخر لما بينا) أشار به إلى قوله لأنه لاتهمة في ثبوتها فإن تلك العلة : أعنى عدم التهمة في الثبوت كما تتمشى في الدين اللازم في المرض بأسباب معلومة بناء على أن المعائن لامرد له كذلك تتمشى في دين الصحة مطلقا ، أما فيما لزم في الصحة بأسباب معلومة فبناء على أن المعائن لامرد له ، وأما فيما ثبت في الصحة بالإقرار فبناء على أن لا يكون فيه إبطال حق الغير كما في إقرار المريض هذا . وقال صاحب غاية البيان قوله لما بينا إشارة إلى قوله إذ المعائن لامرد له . أقول : ليس هذا بتام . لأن تلك العلة : أعنى قوله إذ المعائن لامرد له لا تتمشى فيما إذا ثبت دين الصحة بالإقرار ، إذ الثابت بالإقرار ليس من المعائن فلا يظهر بها أن لا يقدم هذا الدين على دين الصحة مطلقا بخلاف ما ذكرناه . وقال صاحب العناية : لما بينا أنه من الحوائج الأصلية : يعنى في النكاح ولا تهمة في ثبوته في غيره انتهى . أقول : هذا تكلف مستغنى عنه ، فإن قول المصنف لأنه لاتهمة في ثبوتها مع قربها في الذكر وشموله للدين اللازم بسبب النكاح والدين اللازم بسبب غيره جميعا كيف لا يكتفى به في شرح قوله هاهنا لما بينا فيصار إلى توزيع قوله لما بينا إلى قوله لأنه لاتهمة في ثبوتها وإلى قوله في بعيد بخلاف النكاح لأنه من الحوائج الأصلية وهو بمهر المثل كما يقتضيه تقرير صاحب العناية .

والمرض لأن الأولى حالة إطلاق وهذه حالة عجز فيفترقان (فيمنع تعلق غرماء الصحة بماله عن إقراره في حالة المرض ، ولا يمنع الإقرار في أول المرض عن الإقرار في آخره ، وهذا الدليل أفاد التفرقة بين دين الصحة ودين المرض . وبقى الكلام في تقديم الديون المعروفة الأسباب فقال (وإنما تقدم الديون المعروفة الأسباب لأنه لاتهمة في ثبوتها إذ المعائن لامرد له) فتقدم على المقر به وتصير مثل دين الصحة (لا يقدم أحدهما على الآخر لما بينا) أنه من الحوائج الأصلية : يعنى في النكاح ، ولا تهمة في ثبوته في غيره .

(قال المصنف : لأن الأولى حالة إطلاق وهذه حالة عجز) أقول : الأنسب بقوله حالة إطلاق أن يقال حالة حجر سبقني إليه الإتيان (قوله بين دين الصحة ودين المرض) أقول : الثابت بالإقرار والإضافة للعهد (قوله ولا تهمة في ثبوته في غيره) أقول : فيه بحث ، فإن الظاهر من كلام المصنف أن قوله لاتهمة في ثبوتها يعم النكاح وغيره . قال الإتيان : قوله لما بينا إشارة إلى قوله إذ المعائن لامرد له اهـ . وفيه بحث أيضا .

ولو أقر بعين في يده لآخر لم يصح في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم به ، ولا يجوز للمريض أن يقضى دين بعض الغرماء دون البعض ، لأن في إثبات البعض إبطال حق الباقيين ، وغرماء الصحة والمرضى في ذلك سواء ، إلا إذا قضى ما استقرض في مرضه أو نقد ثمن ما اشترى في مرضه وقد علم بالبيئة .

وقال صاحب النهاية ومعراج الدراية : قوله لما بينا إشارة إلى قوله لأنه من الحوائج الأصلية وقوله لأنه لانهمة في ثبوتها . أقول : إن أراد أن قوله لما بينا إشارة إلى قوله المذكورين في الموضعين بطريق التوزيع كما قرره صاحب العناية فيرد عليهما ما يرد عليه من أنه تكلف مستغنى عنه كما بيناه ، وإن أراد أنه إشارة إلى قوله المذكورين بطريق الاستقلال بمعنى أن كل واحد منهما يصلح أن يكون علة مستقلة لكون الديون المعروفة الأسباب مطلقا مثل دين الصحة لا يقدم أحدهما على الآخر فليس بصحيح ، لأن قوله لأنه من الحوائج الأصلية وهو بمهر المثل مخصوص بالنكاح ، وليس كثير من أسباب تلك الديون من الحوائج الأصلية قط فلا يتم المقصود (ولو أقر) أى المريض (بعين في يده لآخر) سواء كانت العين أمانة أو مضمونة (لم يصح) إقراره (في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم به) أى بما أقرب ذكر المصنف هذه المسئلة تفريعا على مسئلة القدورى ، ومفادها أن الإقرار بالعين في المرض كالإقرار بالدين فيه (ولا يجوز للمريض أن يقضى دين بعض الغرماء دون البعض) خلافا للشافعى . ذكر المصنف المسئلة أيضا تفريعا على مسئلة القدورى وقال في تعليلها (لأن في إثبات البعض إبطال حق الباقيين) وهو لا يصح ، فإن فعل ذلك لم يسلم المقبوض للقابض بل يكون ذلك بين الغرماء بالخصص عندنا ، نص عليه في المبسوط وغيره . وقال الشافعى : المقبوض سالم للقابض ، لأن المريض ناظر لنفسه فيما يصنع فرما يقضى دين من يخاف أن لا يسامحه بالإبراء بعد موته بل يخصمه في الآخرة ، والتصرف على وجه النظر غير مردود . والجواب أن النظر لنفسه إنما يصح إذا لم يبطل حق غيره (وغرماء الصحة والمرضى في ذلك سواء) أى وغرماء الصحة وغرماء المرضى الذين كانوا غرماء في الديون المعروفة الأسباب سواء في عدم جواز إثبات البعض على البعض بقضاء الدين ، والعلة اشترى الكل وتساوهم في تعلق حقهم بمال المريض (إلا إذا قضى ما استقرض في مرضه) هذا استثناء من قوله ولا يجوز للمريض أن يقضى دين بعض الغرماء دون البعض . وقوله في مرضه متعلق بالفعلين جميعا ، أعنى قضى واستقرض ، فالمعنى : إلا إذا قضى في مرضه ما استقرض في مرضه وكذا قوله (أو نقد ثمن ما اشترى في مرضه) أى نقد في مرضه ثمن ما اشترى في مرضه (وقد علم) وجوبه (بالبيئة) أى والحال أنه قد علم وجوب كل واحد من القضاء والنقد بالبيئة أو بمعاينة القاضى فحينئذ يجوز أن يخص المريض المقرض والبائع بقضاء دينهما ويسلم المقبوض لهما ، ولا يشاركهما في ذلك غيرهما لأنه لم يبطل حق الغرماء ، بل إنما حوّل من محل إلى محل بعد له ، وكان تعلق حقهم بالمالية بالصورة والمالية لم تفت بالتحويل . وفي المبسوط : أرأيت لو رد ما استقرضه بعينه أو فسخ البيع ورد المبيع أكان يمتنع سلامته للمردود عليه لحق غرماء الصحة : لا يمتنع ذلك ، فكذلك إذا ردّ بدله لأن حكم البذل حكم المبدل . قال في النهاية ،

قال (ولو أقر بعين في يده لآخر لم يصح) الإقرار بالعين في المرض كالإقرار بالدين فيه يمنعه من ذلك تعلق حق الغرماء بالعين (ولا يجوز للمريض أن يقضى دين بعض الغرماء دون البعض) سواء كانوا غرماء الصحة أو المرضى أو مختلطين (لأن في ذلك إبطال حق الباقيين) فلا يصح ، فإن فعل ذلك لم يسلم المقبوض للقابض بل يكون بين الغرماء بالخصص عندنا ، وقال الشافعى : سلم له ذلك لأن المريض ناظر لنفسه فيما يصنع فرما يقضى من يخاف أن لا يسامحه بالإبراء بعد موته ويخصمه في الآخرة ، والتصرف على وجه النظر غير مردود . والجواب أن النظر لنفسه إنما يصح إذا لم يبطل حق غيره (قوله إلا إذا قضى ما استقرض) استثناء من قوله ولا يجوز للمريض ، ومعناه : إذا قضى في مرضه ما استقرضه في مرضه أو نقد ثمن ما اشترى كذلك وقد علم ذلك بالبيئة أو بالمعاينة جاز ويسلم المقبوض للقابض لا يشاركه غيره ، لأنه لم يبطل حق الغرماء وإنما حوّل من محل إلى محل آخر بعد له . أرأيت لو رد ما استقرضه بعينه أو فسخ

(قوله أو نقد ثمن الخ) أقول : يعنى نقد في مرضه .

قال (فإذا قضيت) يعنى الديون المقدمة (وفضل شىء يصرف إلى ما أقرّ به فى حالة المرض) لأن الإقرار فى ذاته صحيح . وإنما ردّ فى حق غرماء الصحة فإذا لم يبق حقهم ظهرت صحته . قال (وإن لم يكن عليه ديون فى صحته جاز إقراره) لأنه لم يتضمن إبطال حق الغير وكان المقرّ له أولى من الورثة) لقول عمر رضى الله عنه : إذا أقرّ المريض بدين جاز ذلك عليه فى جميع تركته

وذكر فى الدخيرة بأوضح من هذا فقال : فإن قضى المريض ديون هؤلاء هل لغرماء الصحة أن يشاركوهم فيما قبضوا . قالوا : لا يشاركون المقرض والبائع ويشاركون المرأة والآجر ، لأن المريض بقضاء دين المقرض والبائع لم يطل حق غرماء الصحة لما ذكرنا أن حق غرماء الصحة فى معنى مال المريض لائق أعيانه ، وهذا لا يكون لإبطالاً لحقهم بل كان نقلاً لحقهم وله ولاية النقل ؛ ألا يرى أنه لو باع ماله ليو فى حقوقهم كان له ذلك ، فأما فى النكاح والإجارة فبقضاء المهر والأجر أبطل حق غرماء الصحة عن عين المال وعن ماله لأنه ما وصل إليه من المنفعة لا يصلح لقضاء حقوقهم فصار وجود هذا العوض فى حقهم وعدمه بمنزلة فكان لإبطالاً لحقهم وليس له ولاية الإبطال انتهى (قال) أى القدورى فى مختصره (فإذا قضيت) على صيغة المجهول وفسر المصنف القائم مقام الفاعل بقوله (يعنى الديون المقدمة) وأراد بالديون المقدمة ديون الصحة والديون اللازمة فى المرض بأسباب معلومة (وفضل شىء) هذا من كلام القدورى : يعنى وفضل شىء من التركة بعد قضاء الديون المذكورة (يصرف إلى ما أقرّ به فى حالة المرض) قال المصنف فى تعليقه (لأن الإقرار فى ذاته صحيح) أى محمول على الصدق فى حق المقر لصدوره عن أهله فى محله إذ الكلام فيه فيكون حجة عليه (وإنما ردّ فى حق غرماء الصحة) لكونه متبهماً فى حق الغير (فإذا لم يبق حقهم ظهرت صحته) أى صحة إقراره فى المرض لزوال المانع (قال) أى القدورى فى مختصره (وإن لم يكن عليه) أى على المريض (ديون فى صحته جاز إقراره) وإن كان بكل ماله . قال المصنف فى تعليقه (لأنه لم يتضمن إبطال حق الغير) يعنى أنه إنما ردّ لتضمنه إبطال حق الغير ، فإذا لم يتضمن ذلك نفذ إقراره لعدم المانع . أقول : كان الظاهر فى وضع المسئلة أن يقال : وإن لم يكن عليه ديون فى صحته ولا ديون لازمة فى مرضه بأسباب معلومة حاز إقراره ، لأن الديون اللازمة فى المرض بأسباب معلومة متقدمة أيضاً على الدين الثابت بإقرار المريض كما مر ، فإذا كان عليه تلك الديون فالظاهر أن لا يجوز إقراره ، وإن لم يكن عليه ديون فى صحته لتضمنه إبطال حق غرماء الديون اللازمة فى مرضه بأسباب معلومة (وكان المقرّ له أولى من الورثة) هذا من كلام القدورى أيضاً . قال المصنف فى تعليقه (لقول عمر رضى الله عنه : إذا أقرّ لمريض بدين جاز ذلك عليه فى جميع تركته) والأثر فى مثله كالحبر لأنه من المقدّرات فلا يدرك بالقياس فيحمل على أنه سمعه من النبي صلى الله عليه وسلم ، كذا فى التبيين . قال صاحب غاية البيان ، فيه نظر ، لأنه روى فى مبسوط خواهر زاده وغيره عن ابن عمر لا عمر ، وكذا روى فى الأصل حديث محمد بن الحسن فيه عن يعقوب عن محمد بن عبد الله عن نافع عن ابن عمر أنه قال : إذا أقرّ الرجل فى مرضه بدين لرجل غير وارث فإنه جائز وإن أحاط ذلك بماله . أقول : هذا النظر غير وارد ، لأن كونه مروياً عن ابن عمر لا ينافى كونه مروياً عن عمر أيضاً فيجوز أن يسنده بعض الفقهاء فى النقل إلى أحدهما كما وقع فى الكتب التى ذكرها وبعضهم إلى الآخر كما وقع فى الهداية والكافي وغيرهما ، سيما إذا اختلفت عبارة الفريقين فى النقل ، ويؤيد ذلك ما ذكره صاحب البدائع حيث قال : ولنا

البيع وردّ المبيع أكان يمتنع سلامته للمردود عليه لحق غرماء الصحة ؟ لا ، فكذلك إذا ردّ بدله لأن حكم البذل حكم المبدل (فإذا قضيت الديون المقدمة) بنوعها (وفضل شىء صرف إلى ما أقرّ به فى حالة المرض لأن الإقرار فى ذاته صحيح) أى محمول على الصدق فى حقه حجة عليه (وإنما ردّ حقاً لغرماء الصحة فإذا لم يبق لهم حق ظهرت صحته) وإذا لم يكن عليه ديون فى صحته جاز إقراره (وإن كان بكل المال) لعدم تضمنه إبطال حق الغير (وكان المقرّ له أولى من الورثة لقول عمر رضى الله عنه : إذا أقرّ المريض بدين جاز ذلك عليه فى جميع تركته) فإن قيل : الشرع قصر تصرف المريض على الثلث لقوله عليه الصلاة والسلام « الثلث والثلث كثير » وذلك أقوى من قول عمر . أجيب بأن ذلك فى الوصية وما فى معناها ، والإقرار للأجنبي ليس من ذلك

ولأن قضاء الدين من الحوائج الأصلية وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ ولهذا تقدم حاجته في التكفين . قال (ولو أقر المريض لوارثه لا يصح إلا أن يصدقه فيه بقية الورثة) وقال الشافعي في أحد قوليهِ : يصح لأنه إظهار حق ثابت لترجع جانب الصدق فيه ، وصار كالإقرار لأجنبي وبوارث آخر وبوديعة مستهلكة للوارث .

ما روى عن عمر وابنه عبد الله رضى الله تعالى عنهما أنهما قالا : إذا أقر المريض لوارثه لم يجز ، وإذا أقر لأجنبي جاز انتهى فتدبر (ولأن قضاء الدين من الحوائج الأصلية) إذ فيه رفع الحائل بينه وبين الجنة . قال النبي صلى الله عليه وسلم : الدين حائل بينه وبين الجنة . كذا في الشروح (وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ) عن الحاجة ولهذا تقدم حاجته (أى حاجة الميت (في التكفين) والتجهيز . أقول : لقائل أن يقول : إن كان قضاء الدين الثابت بإقرار المريض من الحوائج الأصلية لا يتم ما ذكره المصنف فيما مر للفرق بين الدين الثابت بإقرار المريض وبين الدين اللازم بمناكحته بقوله بخلاف النكاح لأنه من الحوائج الأصلية وهو بمهر المثل . ثم أقول : يمكن أن يقال : قضاء الدين الثابت بإقرار المريض يكون من الحوائج الأصلية إذا لم يتحقق هناك دين الصحة ، والدين اللازم في المرض بأسباب معلومة أو تحققا ، ولكن فضل شيء من التركة بعد قضائهما ، وأما إذا تحقق ولم يفضل شيء من التركة بعد قضائهما فلا يكون الدين الثابت بإقرار المريض من الحوائج الأصلية لأن علة كونه من الحوائج الأصلية أن يرفع به الحائل بين المدين وبين الجنة كما مر ، وتلك العلة منتفية عند تحقق دين الصحة ودين المرض بأسباب معلومة مع عدم وفاء التركة بما سواهما لأنهما يحولان حينئذ بينه وبين الجنة ما لم يرفعها بقضائهما ، بخلاف النكاح فإن علة كونه من الحوائج الأصلية كونه من مصالح المعيشة وهذه العلة متحققة في كل حال . وأجاب بعض الفضلاء عن الإيراد المزبور بأنه لم يظهر ثبوت الدين فيما إذا أقر بدين في مرضه وعليه ديون الصحة لمكان التهمة حتى يكون قضاؤه من الحوائج الأصلية . أقول : يرد عليه أنه يصير حينئذ مدار الفرق بين ما أقر به في مرضه وبين ما لم يركه بنكاحه عدم ظهور ثبوت الأول لمكان التهمة وظهور ثبوت الثاني ، إذ المعايين لا مرد له لعدم كون الأول من الحوائج الأصلية وكون الثاني منها كما يقتضيه قول المصنف ، بخلاف النكاح فإنه من الحوائج الأصلية ، ومورد الإيراد إنما هو قول المصنف هذا . ويمكن الترجيح فتأمل (قال) أى القدورى في مختصره (ولو أقر المريض لوارثه لا يصح) سواء أقر بعين أو بدين كما صرحوا به ، وعن هذا قال صاحب النهاية ، وهو بإطلاقه يتناول العين والدين (إلا أن يصدقه فيه) أى فى إقراره هذا (بقية الورثة) وبه قال الشافعي في قول وأحمد ، وهو قول شريح وإبراهيم النخعي ويحيى الأنصاري والقاسم وسالم وأبو هاشم (وقال الشافعي في أحد قوليهِ يصح) وهو قول أبي ثور والعطاء والحسن البصري . وقال مالك : يصح إذا لم يتهم ، ويبطل إذا اتهم كمن له بنت وابن عم فأقر لابنته لم يقبل ، ولو أقر لابن عمه قبل ، إذ لا يتهم أن يزيد في نصيبه ويتم أن يزيد في نصيبها دليل ما قاله الشافعي في أحد قوليهِ ما ذكره المصنف بقوله (لأنه) أى لأن هذا الإقرار (إظهار حق ثابت) أى إخبار عن حق لازم عليه (لترجع جانب الصدق فيه) أى في هذا الإقرار بدلالة الحال فإن حال المرض أدل على الصدق لأنه حال تدارك الحقوق فلا يجوز أن يثبت الحجر عن الإقرار به (وصار) هذا الإقرار (كالإقرار لأجنبي وبوارث آخر) نحو أن يقر لمجهول بالنسب بأنه ابنه فإنه يصح وإن تضمن وصول شيء من التركة إليه (وبوديعة مستهلكة للوارث) أى وكالإقرار باستهلاك وديعة معروفة للوارث فإنه صحيح . وصورة ذلك على

كما سيأتى (ولأن قضاء الدين من الحوائج الأصلية) لأن به رفع الحائل بينه وبين الجنة وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ عن الحاجة ولهذا يقدم تجهيزه وتكفينه . قال (ولو أقر المريض لوارثه لا يصح) وإقرار المريض لوارثه باطل سواء أقر بعين أو بدين (إلا أن يصدقه بقية الورثة . وقال الشافعي في أحد قوليهِ يصح) لأنه إظهار حق ثابت لترجع جانب الصدق فيه (بدلالة الحال والمريض غير ممنوع عن ذلك لكونه سعيًا في فكاه رقبته) فصار كالإقرار لأجنبي وبوارث آخر وبوديعة مستهلكة للوارث

(قوله كما سيأتى) أقول : في آخر الصحيفة (قال المصنف : لأنه إظهار حق ثابت الخ) أقول : فيه دلالة على أن الإقرار مظهر عنده أيضا لاسبب

ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « لا وصية لوارث ولا إقرار له بالدين »

ما ذكر في الجامع الكبير : رجل أودع أباه ألف درهم في حال صحة الأب أو مرضه بمعاينة الشهود ، فلما حضرته الوفاة قال استهلكها ثم مات وأنكر ذلك سائر الورثة ، فإن إقرار المريض جائز والألف من تركته للابن المقر له خاصة . قال جماعة من الشراح : والجواب عنه أنا لو لم نعتبر إقراره يصير كأنه مات مجهلا فيجب الضمان فلا يفيد رد إقراره ، ولأن تصرف المريض إنما رد للتهمة ولا تهمة في المعاينة انتهى . أقول : جوابهم الثاني ليس بصحيح ، لأن الثابت بالمعاينة في المسئلة المذكورة إنما هو إيداع الوارث تلك الوديعة لا استهلاك المورث إياها ، ولما ثبت الاستهلاك بإقرار المورث لا غير كما هو المفروض في هاتيك المسئلة فبقى الكلام في صحة الإقرار بالاستهلاك ، فالصواب من جوابهم هو الأول كما هو المفهوم مما ذكر في الجامع الكبير من تعليل المسئلة المذكورة بقوله لأن تصرف المريض إنما يرد للتهمة لا لخلل فيه ولا تهمة في هذا ؛ ألا يرى أنا إذا كذبناه فأت وجب الضمان أيضا في تركته لأنه مات مجهلا انتهى . وكأن تلك الجماعة من الشراح اغترتوا بما في الجامع الكبير من قوله ولا تهمة في هذا ، ففهموا أن وجه عدم التهمة فيه ثبوته بالمعاينة وليس كذلك ، بل وجه ذلك وجوب الضمان على المقر سواء صدق في إقراره أم كذب لأنه مات مجهلا كما هو الظاهر من التنوير المذكور فيه . ثم إن صاحب العناية لم يصب أيضا في تحرير هذا المقام حيث ذكر المسئلة المذكورة مع تعليلها المذكور في الجامع الكبير عند تقرير دليل الشافعي ، مع أن التعليل المذكور حجة على الشافعي لا له ، ولما الصواب أن يذكر مضمون ذلك التعليل هاهنا على وجه الجواب عن قياس الشافعي ما نحن فيه على تلك المسئلة المذكورة كما ذكره غيره (ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « لا وصية لوارث ولا إقرار له بالدين ») رواه الدارقطني في سننه عن نوح بن دراج عن أبان بن ثعلب عن جعفر بن محمد عن أبيه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا وصية لوارث ولا إقرار له بالدين » قال شمس الأئمة السرخسي في مبسوطه : وحجتنا في ذلك قوله عليه الصلاة والسلام « لا وصية لوارث ولا إقرار له بالدين » إلا أن هذه الزيادة شاذة غير مشهورة ، ولما المشهور قول ابن عمر رضي الله عنهما : إذا أقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فإنه جائز وإن أحاط ذلك بماله ، وإن أقر لوارث فهو باطل إلا أن يصدقه الورثة . وبه أخذ علماؤنا ، وقول الواحد من فقهاء الصحابة عندنا مقدم على القياس انتهى . وقال صاحب البدائع بعد ذكر قول ابن عمر : ولم يعرف له فيه مخالف من الصحابة فيكون إجماعا انتهى . أقول : كل واحد من الحديث الذي رواه الدارقطني عن رسول الله صلى الله عليه وسلم والأثر الذي روى عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما إنما يدل على بطلان إقرار المريض لوارث بالدين بدون تصديق الورثة ، ومستلثنا تعم بطلان إقراره له بالدين وبالعين كما صرحوا به ، فكان الدليل قاصرا عن إفادة تمام

كما إذا أودع أباه ألف درهم بمعاينة الشهود ، فلما حضرت الوفاة الأب قال استهلكها ومات وأنكر بقية الورثة فإن إقراره صحيح والألف من تركته للابن المقر له خاصة ، لأن تصرف المريض إنما يرد للتهمة ولا تهمة هاهنا ؛ ألا ترى أنه إن كذبناه فأت وجب الضمان أيضا في تركته لأنه مات مجهلا (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم « لا وصية لوارث ولا إقرار له بالدين ») وهو نص في الباب ، لكن شمس الأئمة قال : هذه الزيادة غير مشهورة ، والمشهور قول ابن عمر رضي الله عنهما ، وأراد به ما روى عنه : إذا أقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فإنه جائز وإن أحاط ذلك بماله ، وإن أقر لوارث فهو باطل إلا

للوجوب كما يفهم من تقرير دليله المذكور في أول الباب ، ولعل فيه قولين عن الشافعي كما عن أصحابنا أو يقدر المضاف هناك ، والمعنى لاستواء سببي ظهورهما (قوله ألا ترى أنه إن كذبناه فأت وجب الضمان) أقول : وبهذا خرج الجواب عن قياس الشافعي محل النزاع بالإقرار باستهلاك وديعة معروفة للوارث فلا يناسب ذكره في تقرير دليله (قوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « لا وصية لوارث » الحديث) أقول : رواه الدارقطني ، كذا قال الإتياني (قوله لكن شمس الأئمة قال : هذه الزيادة الخ) أقول : يعني في المبسوط (قوله وأراد به الخ) أقول : يعني أراد بقول ابن عمر رضي الله عنهما .

ولأنه تعلق حق الورثة بماله في مرضه ولهذا يمنع من التبرع على الوارث أصلاً. ففي تخصيص البعض به إبطال حق الباقين ، ولأن حالة المرض حالة الاستغناء والقربة سبب التعلق ،

المدعى ، اللهم إلا أن يلتزم ذلك بناء على إفادة الدليل العقلي الآتي كلية المدعى فتأمل (ولأنه تعلق حق الورثة بماله في مرضه ولهذا يمنع) أى المريض (من التبرع على الوارث) كالوصية والهبة له (أصلاً) أى بالكلية (فى تخصيص البعض به) أى فى تخصيص بعض الورثة بماله (لإبطال حق الباقين) أى لإبطال حق باقى الورثة وهو جور عليهم فيردّ وتذكر هاهنا ما ورد عليه من الإشكال بالإقرار فى المرض بوارث آخر وجوابه ، فإننا قد ذكرناهما فيما مرّ نقلاً عن المسوط والأسرار . فإن قيل : حق الورثة إنما يظهر بعد الفراغ عن حاجته ، فإذا أقرّ بالدين لبعض الورثة فقد ظهر حاجته لأن العاقل لا يكذب على نفسه خرافاً ، وبالمريض تردّد جهة الصدق لأن الباعث الشرعى ينضم إلى العقلي فيبعثه على الصدق . قلنا : الإقرار للوارث بإصالح نفع إليه من حيث الظاهر ، وفيه إبطال حق الباقين ، ووجوب الدين لم يعرف إلا بقوله وهو متهم فيه لجواز أنه أراد الإثارة بهذا الطريق بحيث عجز عنه بطريق الوصية فوجب أن تتوقف صحته على رضا الباقين دفعا للوحشة والعداوة . بخلاف الأجنبي لأنه غير متهم فيه لأنه يملك إصالح النفع إليه بطريق الوصية . وكل تصرف يتمكن المراء فى تحصيل المقصود به إنشاء لا تتمكن الهبة فى إقراره . كذا فى الكفاية ومعراج الدراية (ولأن حالة المرض حالة الاستغناء) عن المال لظهور أمارات الموت الموجب لانتهاء الآمال . وكل ما هو كذلك فالإقرار لبعض الورثة فيه يورث تهمة تخصيصه (والقربة) تمنع عن ذلك لأنها (سبب التعلق) أى سبب تعلق حق الأقرباء بالمال ، وتعلق حقهم به يمنع تخصيص بعضهم بشيء منه بلا تخصيص ، وعلى هذا التقرير الذى هو مختار صاحب العناية يكون قول المصنف : ولأن حالة المرض حالة الاستغناء الخ دليلاً مستقلاً على أصل المسئلة وهو الظاهر من أسلوب تحريره . وقال بعض الفضلاء : قوله ولأن حالة المرض حالة الاستغناء عطف على قوله ولهذا يمنع الخ فإنه كان دليلاً إنياً وهذا دليل لم ينتهى . أقول : لا يذهب على ذى فطرة سليمة أن تقديم قوله فى تخصيص البعض به إبطال حق الباقين بأى عن ذلك جداً ، لأن قوله لأنه تعلق حق الورثة بماله فى مرضه مقدمة للدليل أصل المسئلة ، وقوله فى تخصيص البعض به إبطال حق الباقين مقدمة أخرى له مربوطة بالأولى ، ولو كان قوله ولأن حالة المرض حالة الاستغناء معطوفاً على قوله ولهذا يمنع من التبرع لكان دليلاً على المقدمة الأولى كالمعطوف عليه فيلزم توسط المقدمة الثانية بين دليلي المقدمة الأولى ، ولا يتخى ما فيه ، نعم يصلح قوله ولأن حالة المرض حالة الاستغناء والقربة سبب التعلق لأن يكون دليلاً على قوله ولأنه تعلق حق الورثة بماله فى مرضه لولا توسط قوله فى تخصيص البعض به إبطال حق الباقين ، وعن هذا قال فى الكافي ، ولأنه أثر بعض ورثته بشيء . من ماله بعد تعلق حق الكل بما له فيردّ كما لو أوصى له بشيء من ماله . وهذا لأن حالة المرض حالة الاستغناء عن ماله لظهور آثار الموت فيها ، والظاهر أن الإنسان لا يحتاج إلى ماله لانتهاء آماله عند إقباله على الآخرة فيظهر عند استغنائه حق أقربائه ولهذا منع من التبرع على وارثه أصلاً فلم يصح إقراره للوارث لأنه يوجب إبطال حق الباقين انتهى . وقال فى التبيين : ولأن فيه إثارة

أن يصدق له الورثة . وبه أخذ علماؤنا ، لأن قول الواحد من فقهاء الصحابة عندنا مقدم على القياس (ولأن حق الورثة تعلق بماله فى مرضه ولهذا يمنع من التبرع على الوارث أصلاً ، فى تخصيص البعض به إبطال حق الباقين) وتذكر ما أوردنا بالإقرار بوارث آخر وما أجبنا به عنه (ولأن حالة المرض حالة الاستغناء) عن المال لظهور أمارات الموت الموجب لانتهاء الآمال ، وكل ما هو كذلك فالإقرار لبعض الورثة فيه يورث تهمة تخصيصه (والقربة) تمنع عن ذلك لأنها (سبب تعلق حق الأقرباء

(قال المصنف : ولهذا يمنع من التبرع الخ) أقول : منعا كلياً لا بالهبة ولا بالوصية ولا من الثلث ولا بما زاد ، فإنه إذا لم يوص بالثلث يتعلق به حق الوارث أيضاً تدبر (قال المصنف : فى تخصيص البعض به الخ) أقول : الظاهر أن يقال وفى بالواو (قال المصنف : ولأن حالة المرض الخ) أقول : عطف على قوله ولهذا الخ فإنه كان دليلاً إنياً وهذا دليل لمى (قوله يورث تهمة تخصيصه) أقول : لجواز أنه أراد الإثارة بهذا الطريق حيث عجز عنه بطريق الوصية .

إلا أن هذا التعلق لم يظهر في حق الأجنبي لحاجته إلى المعاملة في الصحة ، لأنه لو انحجر عن الإقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه ، وقلما تقع المعاملة مع الوارث ولم يظهر في حق الإقرار بوارث آخر لحاجته أيضا ، ثم هذا التعلق حق بقية الورثة ، فإذا صدقوه فقد أبطأوه فيصبح إقراره . قال (وإذا أقر لأجنبي جاز وإن أحاط بماله) لما بينا ، والقياس أن لا يجوز إلا في الثلث

بعض الورثة بماله بعد تعلق حتى جميعهم به فلا يجوز لما فيه من إبطال حق البقية كالوصية وإنما تعلق حقهم به لاستغنائه عنه بعد الموت فلا يتمكن من إبطال حقهم بالإقرار لورثته كما لا يتمكن منه بالوصية لم انتهى ، تبصر (إلا أن هذا التعلق) أى تعلق حق الورثة بمال المريض في حالة المرض (لم يظهر في حق الأجنبي) حيث لم يمنع إقرار المريض لأجنبي (لحاجته) أى لحاجة الإنسان (إلى المعاملة) مع الناس (في الصحة) أى في حالة الصحة ، فلو لم يصح إقراره بالكلية في حالة المرض لم تقض حاجته في حالة الصحة (لأنه لو انحجر عن الإقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه) في الصحة بناء على جواز أن يعرضه المرض فتحصل مصالحه فيقع في الحرج وهو مدفوع شرعا . ولما استثمر أن يقال الحاجة موجودة في حق الوارث أيضا لأن الناس كما يعاملون مع الأجنبي يعاملون مع الوارث أجاب بقوله (وقلما تقع المعاملة مع الوارث) لأن المعاملة للاسترباح ولا استرباح مع الوارث لأنه يستحيا من المماكسة معه فلا يحصل الربح (ولم يظهر) أى وكذا لم يظهر هذا التعلق (في حق الإقرار بوارث آخر لحاجته أيضا) أى لحاجة الإنسان إلى الإقرار بالوارث أيضا لأن الإقرار بالنسب من حوائج الأصلية لأنه يحتاج إلى إبقاء نسله فلا ينحجر عنه لحق الورثة (ثم هذا التعلق) أى تعلق حق الورثة بمال المريض في مرضه (حق بقية الورثة ، فإذا صدقوه) أى إذا صدق بقية الورثة المقر لوارث (فقد أبطأوه) أى أبطأوا حقهم (فيصح إقراره) وهذا الكلام من المصنف بيان لوجه الاستثناء الذى ذكره القدرى في مختصره بقوله إلا أن تصدقه فيه بقية الورثة (وإذا أقر لأجنبي جاز وإن أحاط بماله لما بينا) إشارة إلى قوله ولأن قضاء الدين من الحوائج الأصلية كما ذهب إليه صاحب معراج الدراية وصاحب العناية ، وإلى قوله لأنه لو انحجر عن الإقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه كما ذهب إليه صاحب غاية البيان وتبعه الشارح العيني . وفي العناية : وكانت المسئلة معلومة مما تقدم إلا أنه ذكرها تمهيدا لذكر القياس والاستحسان (والقياس أن لا يجوز إلا في الثلث) وهو مذهب

بالمال (وتعلق حقهم به يمنع تخصيص بعضهم بشيء منه بلا تخصيص (إلا أن هذا التعلق لم يظهر في حق الأجنبي لحاجته إلى المعاملة في حالة الصحة ، لأنه لو انحجر عن الإقرار بالمرض لامتنع الناس عن المعاملة معه) فإن قيل : فالحاجة موجودة في حق الوارث أيضا لأن الناس كما يعاملون مع الأجنبي يعاملون مع الوارث أجاب بقوله (وقلما تقع المعاملة مع الوارث) لأن البيع للاسترباح ولا استرباح مع الوارث لأنه يستحيا من المماكسة معه فلا يحصل الربح (و) لهذا (لم يظهر في حق الإقرار بوارث آخر لحاجته أيضا) وهو السؤال المذكور آنفا (ثم هذا التعلق حق بقية الورثة ، فإذا صدقوه فقد أبطأوه فصح الإقرار) قال (وإذا أقر لأجنبي جاز الخ) وإذا أقر المريض لأجنبي صح وإن أحاط بماله لما بينا أن قضاء الدين من الحوائج الأصلية ، وكانت المسئلة معلومة مما تقدم إلا أنه ذكرها تمهيدا لذكر القياس والاستحسان ، فإن القياس لا يقتضى جوازه إلا بمقدار الثلث لأن الشرع قصر تصرفه عليه كما مر ، إلا أننا قلنا لما صح إقراره في الثلث كان له التصرف في الثلث الباقي ، لأن الثلث بعد الدين محل التصرف فنقد الإقرار في الثلث الثانى ثم وثم إلى أن يأتي على الكل . فإن قيل : للمريض حق التصرف في ثلث ماله بدون إجازة الورثة فلما صح تصرفه في ثلث ماله صح له التصرف في ثلث الباقي لما أن جميع ماله بعد الثلث الخارج جعل كأنه هو من الابتداء فيجب أن تنفذ وصيته في ثلثه أيضا ثم وثم إلى أن يأتي على الكل . فالجواب أن الثلث بعد الدين محل التصرف للمريض ، فكلما أقر بدين انتقل محل التصرف إلى ثلث ما بعده ، وليس الثلث بعد الوصية بشيء محل تصرف المريض وصية بل الثلث

(قوله كما مر) أقول : في آخر الصحيفة السابقة .

لأن الشرع قصر تصرفه عليه : إلا أنا نقول : لما صح إقراره في الثالث فكان له التصرف في ثلث الباقي لأنه الثلث بعد الدين ثم وثم حتى يأتي على الكل . قال (ومن أقر لأجنبي ثم قال هو ابني ثبت نسبه منه وبطل إقراره ، فإن أقر لأجنبية ثم تزوجها لم يبطل إقراره لها) ووجه الفرق أن دعوة النسب تستند إلى وقت العلوق فتبين أنه أقر لابنه فلا يصح ولا كذلك الزوجية لأنها تقتصر على زمان الزوج فبقي إقراره لأجنبية .

بعض الناس كما ذكر شيخ الإسلام في مبسوطه (لأن الشرع قصر تصرفه) أي تصرف المريض (عليه) أي على الثلث وتعلق بالثلثين حتى الورثة ، ولهذا لو تبرع بجميع ماله لم ينفذ إلا في الثلث ، فكذا الإقرار وجب أن لا ينفذ إلا في الثلث ، كذا قالوا . أقول : لقائل أن يقول : الشرع إنما قصر على الثلث تصرفه الذي لم يكن من الخواتج الأصلية دون مطلق التصرف ، وإلا لزم أن لا ينفذ تصرفه في نحو ثمن الأغذية والأدوية إلا في مقدار الثلث ولم يقل به أحد . وقد تقرر فيها مر أن قضاء الدين من الخواتج الأصلية فلم يجر القياس المذكور في الإقرار بالدين ، اللهم إلا أن يدعى أن كون قضاء الدين من الخواتج الأصلية على موجب الاستحسان أيضا دون القياس (إلا أنا نقول) في وجه الاستحسان (لما صح إقراره في الثلث) لا انتفاء التهمة عن إقراره في ذلك القدر لعدم تعلق الورثة به (كان له التصرف في ثلث الباقي لأنه الثلث بعد الدين) والثلث بعد الدين محل التصرف قطعاً فينفذ الإقرار في الثلث الثاني (ثم وثم حتى يأتي على الكل) كذا في الإيضاح وعامة المعبرات . أقول : فيه شيء ، وهو أن الإتيان على الكل غير متصور في الوجه المزبور ، أما على القول بالجزء الذي لا يتجزأ كما هو مذهب المتكلمين فظاهر ، لأن التثليث إذا انتهى إلى ثلاثة أجزاء فأخرج منها أحدها وبقي الجزءان امتنع بعد ذلك إخراج الثلث من ذينك الجزءين الباقيين لعدم إمكان التجزؤ في شيء منهما ، وأما على القول بإمكان القسمة إلى غير النهاية كما هو مذهب الحكماء فكذلك ، لأن الثلث في كل مرتبة لا يمتثل أن يكون عين الكل للقطع بمغايرة الجزء للكل . لا يقال : مرادهم الإتيان على قريب من الكل لاعلى الكل حقيقة . لأننا نقول : فحينئذ لا يتم التقريب لأن المدعى جواز الإقرار لأجنبي وإن أحاط بكل ماله حقيقة تدبر ، ونقض الوجه المذكور بالوصية بجميع ماله إذا لم يكن عليه دين ، فإنها لا تجوز عند تحقق الورثة مع جريان الطريق المزبور فيها ، لأن المريض له حق التصرف في ثلث ماله بدون إجازة الورثة ، فلما صح تصرفه في ثلث ماله كان له التصرف في ثلث الباقي ، لما أن جميع ماله بعد الثلث الخارج جعل كأنه هو من الابتداء فيجب أن تنفذ وصيته في ثلثه أيضا ثم وثم إلى أن يأتي على الكل . وأجيب بأن الثلث بعد الدين محل تصرف المريض ، فلما أقر بدين انتقل محل التصرف إلى ثلث ما بعده ، وليس الثلث بعد الوصية بشيء محل تصرف المريض وصية ، وإنما محل الوصية ثلث المجموع لا غير فافترقا (قال) أي القدوري في مختصره (ومن أقر لأجنبي) في مرضه بمال (ثم قال هو ابني ثبت نسبه منه) أي ثبت نسب المقر له من المقر (وبطل إقراره) بالمال (فإن أقر لأجنبية ثم تزوجها لم يبطل إقراره لها) بخلاف الهبة والوصية حيث بطلتا لها أيضا . وقال زفر : يبطل الإقرار لها أيضا لأنها واردة له عند الموت فحصلت التهمة وهي المعتبر في الباب ، ولنا ما ذكره المصنف بقوله (ووجه الفرق) أي بين المستثنين (أن دعوة النسب تستند إلى وقت العلوق فتبين أنه أقر لابنه فلا يصح) يعني . أن النسب إذا ثبت ثبت مستندا إلى وقت العلوق فتبين بذلك أن إقرار المريض وقع لوارثه وذلك باطل (ولا كذلك الزوجية لأنها تقتصر على زمان الزوج) يعني أن الزوجية إذا ثبتت ثبتت مقتصرة على زمان العقد (فبقي إقراره لأجنبية) فيصح بخلاف الهبة والوصية لأن الوصية تمليك بعد الموت وهي واردة حينئذ والهبة

محلها ليس إلا فافترقا . قال (ومن أقر لأجنبي الخ) المقر له إما أن لا يكون وارثا للمريض أو يكون وارثا ، والوارث إما مستمر أو غير مستمر ، وغير المستمر إما أن يكون وارثا حالة الإقرار غير وارث حالة الموت لحجب أو لغيره ، وإما أن يكون وارثا حالة الموت غير وارث حالة الإقرار لحجب أو لغيره ، وما لغيره فلما أن يكون سبب الإرث مما يستند إلى وقت العلوق أولا ،

(قوله وما لغيره) أقول : أي لغير المحجب (قوله وإما أن يكون) أقول : معطوف على قوله وإما أن يكون وارثا حالة الموت وهذا

قال (ومن طلق زوجته في مرضه ثلاثاً ثم أقر لها بدين فلها الأقل من الدين ومن ميراثها منه)

في المرض في حكم الوصية على ما يأتي بيانه . وفي وصايا الجامع الصغير : ولو أن المريض أقر بدين لابنه وهونصراني أو عبد ثم أسلم الابن أو أعتق العبد ثم مات الرجل فالإقرار باطل لأنه حين أقر كان سبب التهمة بينهما قائماً وهو القرابة التي صار بها وارثاً في ثاني الحال ، وليس هذا كالذي أقر لامرأة ثم تزوجها لأن سبب التهمة لم يكن هناك قائماً وقت الإقرار انتهى (قال) أي القدوري في مختصره (ومن طلق زوجته في مرضه ثلاثاً ثم أقر لها بدين فلها الأقل من الدين ومن ميراثها منه) أي من الزوج . قال الإمام الزيلعي في شرح الكنز : هذا إذا طلقها بسوءها : وإن طلقها بلا سوءها فلها الميراث بالغاً ما بلغ ، ولا يصح الإقرار لها لأنها وارثة إذ هو فارّ وقد بيناه في طلاق المريض انتهى . وقال نجم الدين الزاهد في شرح مختصر القدوري وفي بعض النسخ والشروح : ومن طلق زوجته في مرضه ثلاثاً بسوءها ثم أقر لها بدين والموضعان صحيحان والحكم فيهما واحد على ما قرره في الجامع والمحيط غير أنه لولا الإقرار ، ففي الوضع الأول ترثه إذا مات في العدة ، وفي الوضع الثاني لا ترثه ، ومع هذا إذا أقر لها بدين فلها الأقل من الدين ومن الميراث : انتهى كلامه . أقول : قد اختلف رأياهما في استخراج هذا المقام . والذي يطابق ما مر في كتاب الطلاق من هذا الكتاب ما ذكره الزيلعي فإنه قال هناك وإن طلقها ثلاثاً في مرضه بأمرها ثم أقر لها بدين أو أوصى لها بوصية فلها الأقل من ذلك ومن الميراث ، فكانت المسئلة مقيدة هناك بما قيده الزيلعي هاهنا ، ولا يرث للتقييد فائدة سوى الاحتراز عما إذا طلقها بغير أمرها ، ثم إنى تنسعت عامة المعتبرات حتى الجامع والمحيط ولم أظفر في شيء منها بكون الحكم واحداً في الموضوعين المذكورين ، بل أينما وجدت المسئلة المزبورة مذكورة مع الحكم المسفور وجدتها مقيدة بكون الطلاق بسوء المرأة أو بأمرها ، فالظاهر ما ذكره الزيلعي . وأما عدم تعرض المصنف وصاحب الكافي وكثير من الشراح هاهنا للتقييد المذكور فيجوز أن يكون بناء على ظهوره مما صرح به في كتاب الطلاق . ثم إن صاحب العناية من الشراح وإن قيد المسئلة هاهنا أيضاً بالتقييد المذكور إلا أنه فسرها حيث جعلها مثالا لما إذا كان المقر له وارثاً حالة الإقرار دون الموت فغيرها عن وضعها المذكور في الكتاب فقال : كما إذا طلق زوجته في مرضه ثلاثاً بأمرها وقد أقر لها بدين فلها الأقل من الدين والميراث ،

ولما أن يكون : أعني غير المستمر وارثاً في الحالين غير وارث بينهما ، فذلك ثمانية أوجه : ففياً لم يكن أصلاً صح إقراره بالإجماع ، وفيما كان وارثاً مستمراً لا يصح بالإجماع ، وفيما كان وارثاً حالة الإقرار دون الموت ، فإن كان الانتفاء لحجب كما إذا أقر لأخيه وهو وارث ثم ولد له ولد أو أسلم الولد الكافر أو أعتق الرقيق صح الإقرار باتفاق بين أصحابنا لأن الورثة بالموت ، فإذا لم يكن عنده وارثاً كان كالأجنبي ، وإن كان لغيره : أي لغير الحجب كما إذا طلق زوجته في مرضه ثلاثاً بأمرها وقد أقر لها بدين فلها الأقل من الدين والميراث لوجود تهمة الإيثار بقيام العدة فلعلة استقل ميراثها ، وباب الإقرار للوارث مسدود فأقدم على الطلاق ليصح الإقرار بزيادة على ميراثها ، ولا تهمة في الأقل فيثبت ، وفيما إذا كان وارثاً حالة الموت دون الإقرار ، فإن كان لحجب كما إذا أقر لأخيه وله ابن ثم مات الابن بطل إقراره ، خلافاً لغيره اعتباراً لحالة الإقرار لأنه موجب بنفسه وقد حصل لغير وارث فيصح كما إذا أقر لأجنبية ثم تزوجها . قلنا : الإقرار للوارث لا يصح ، وقد تبين بموت الحجاب وراثته فيبطل إقراره ، بخلاف الأجنبية فإنها لم تكن وارثة قبل التزوج وإن كان لغيره وقد استند السبب ، كما إذا أقر لأجنبي في مرضه ثم ادعى نسبه ثبت نسبه فبطل إقراره إن لم يستند ، كما إذا أقر لأجنبية ثم تزوجها لم يبطل . والفرق أن المستند تبين كون الإقرار للوارث ، بخلاف غيره ، وفيما كان وارثاً في الحالين دون الوسط كما إذا أقر لزوجته ثم أبانها ثم تزوجها بعد مضي العدة ومات

القول معطوف على قوله إما أن يكون وارثاً حالة الإقرار (قوله كما إذا طلق زوجته في مرضه ثلاثاً بأمرها) أقول : لابد من التأمل في أن الصورة المذكورة في الكتاب بقوله : ومن طلق زوجته في مرضه ثلاثاً ثم أقر الخ في آية هذه الصورة يندرج فإنها لم تدرج فيما ذكره الشارح لمكان ثم في عبارة الكتاب والمذكور في الشرح لما كان المقر له وارثاً حال الإقرار (قوله كما إذا أقر لأجنبي في مرضه ثم ادعى نسبه ثبت نسبه فبطل إقراره) أقول : والإقرار للابن المحروم إذا أسلم أو عتق بعد الإقرار من هذا القيل عنده على ما يحى في كتاب الوصية .

- ٣٩٣ -

لأنهما متهمان فيه لقيام العدة، وباب الإقرار مسدود للوارث فلعله أقدم على هذا الطلاق ليصبح إقراره لها زيادة على ميراثها ولا تهمة في أقل الأمرين فيثبت .

(فصل)

(ومن أقر بغلام يولده مثله وليس له نسب معروف أنه ابنه وصدقه الغلام ثبت نسبه منه وإن كان مريضا) لأن النسب مما يلزمه خاصة فيصبح إقراره به ، وشرط أن يولده مثله كذا في الظاهر ، وشرط أن لا يكون له نسب معروف لأنه يمنع ثبوته من غيره ، وإنما شرط تصديقه لأنه في يد نفسه إذ المسئلة في غلام يعبر عن نفسه .

والمذكور في الكتاب : ثم أقر لها وبينهما بون لا يخفى . قال المصنف في تعليل مسئلة الكتاب (لأنهما) أي الزوجين (متهمان فيه) أي في هذا الإقرار (لقيام العدة) أشار بهذا إلى أن وضع المسئلة فيها إذا كان موت المقر قبل انقضاء العدة . وأما إذا كان موته بعد انقضائها فإقراره لها جائز (وباب الإقرار مسدود للوارث، فلعله) أي فعل الزوج (أقدم على هذا الطلاق ليصبح إقراره لها زيادة على ميراثها) فوقعت التهمة في إقراره (ولا تهمة في أقل الأمرين فيثبت) أي أقل الأمرين . قال علاء الدين الإسيبي جاني في شرح الكافي : ولو أقر لامرأته بدين من مهرها صدق فيما بينه وبين مهر مثلها وتحاص غرماء الصحة به لأنه أقر بما يملك إنشاءه فانعدمت التهمة . ولو أقرت المرأة في مرضها بقبض المهر من زوجها لم تصدق لأنها أقرت بدين للزوج ، لأن القبض يوجب مثل المقبوض في الذمة ثم يلتقيان قصاصا ، والإقرار بالدين للوارث لا يصح انتهى . وفي الفتاوى الصغرى : المريضة إذا أقرت باستيفاء مهرها ، فإن مات وهي منكوبة أو معتدة لا يصح إقرارها ، وإن ماتت غير منكوبة ولا معتدة بأن طلقها قبل الدخول يصح .

(فصل في بيان الإقرار بالنسب)

قدم الإقرار بالمال على الإقرار بالنسب لكثرة وقوع الأول وقلة وقوع الثاني ، ولا ريب في أن ما هو كثير الدوران أهم بالبيان ، وإنما أفرد الثاني بفصل على حدة لانفراده ببعض الشروط والأحكام كما سيظهر (ومن أقر بغلام يولد مثله) أي مثل ذلك الغلام (لمثله) أي لمثل المقر : يعني هما في السن بحيث يجوز أن يولد المقر له للمقر (وليس له) أي للغلام (نسب معروف) بل كان مجهول النسب (أنه ابنه) أي أقر أنه ابنه (وصدقه الغلام) أي فيها إذا كان يعبر عن نفسه ، وأما إذا كان لا يعبر عن نفسه فلا يشترط تصديقه كما صرحوا به قاطبة (ثبت نسبه منه) جواب المسئلة : أي ثبت نسب الغلام من المقر (وإن كان) المقر (مريضا) إلى هنا لفظ القدوري في مختصره . قال المصنف في تعليل المسئلة (لأن النسب مما يلزمه خاصة) يعني أن النسب في الصورة المذكورة مما يلزم المقر خاصة ليس فيه حل للنسب على الغير (فيصح إقراره به) وإن كان مريضا لأن إقرار المريض إنما لا يصح فيما فيه التهمة لحق الغير ولا تهمة هاهنا (وشرط أن يولد مثله كذا في الظاهر) فلا يصح إقراره (وشرط أن لا يكون له نسب معروف لأنه) أي لأن كون نسبه معروفا (يمنع ثبوته من غيره) لأن النسب لا يقبل الفسخ بعد ثبوته (وإنما شرط تصديقه) أي تصديق الغلام (لأنه في يد نفسه إذ المسئلة في غلام يعبر عن نفسه) وإذا

بطل الإقرار عند أبي يوسف ، وجاز عند محمد وهو القياس ، لأنها تراث بسبب حادث بعد الإقرار فلا يؤثر فيما قبله فيما لم يكن ليس بمستند . كما إذا أقر لشخص في مرضه ثم صح ثم مرض فأت . ووجه قول أبي يوسف وهو الاستحسان أن الإقرار للوارث باطل لتهمة الإيثار ، فإذا وجد سبب الورثة عند الإقرار وجدت التهمة والعقد المتجدد قائم مقام الأول في تقرير صفة الورثة عند الإقرار ، لأن التهمة لم تكن مقررة لاحتمال زوال النكاح فلم يصح الإقرار .

(فصل)

(فصل ومن أقر بغلام)

(٥٠ - تكلمة فتح القدير ج١ - ٨)

بخلاف الصغير على ما مر من قبل، ولا يمتنع بالمرض لأن النسب من الحوائج الأصلية (ويشارك الورثة في الميراث) لأنه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف فيشارك ورثته . قال (ويجوز إقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى) لأنه أقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير .

كان في يد نفسه يعبر فلا بد من تصديقه لأن الحق له فلا يثبت بدون تصديقه ، كذا ذكر في التبيين . أقول : ينتقض هذا التعليل بالإقرار بغير النسب كالمال ونحوه ، إذا لا يشترط في لزوم ما أقر به هناك تصديق المقر له ، ولكن يرد التعليل بأقرار برده على ما تقرر في صدر كتاب الإقرار مع جريان أن يقال في ذلك أيضا إن الحق له فينبغي أن لا يثبت بدون تصديقه . وقال في البدائع : لأن إقراره يتضمن إبطال يده فلا يبطل إلا برضاه انتهى . أقول : تضمن الإقرار بالنسب إبطال يد المقر له محل المنع فتأمل . وقال في التسهيل : لما فيه من إلزام حقوق النسب فلا يلزمه إلا بالتزامه انتهى . أقول : هذا أظهر الوجوه وهو الحق عندى ، إذ لا شك أنه يترتب على ثبوت النسب حقوق كثبوت الإرث ولزوم النفقة وما أشبههما وفي بعضها مشقة على المقر له ؛ ففي الإقرار بالنسب إلزام تلك الحقوق فلا بد من التزام المقر له إياها حتى لا يتضرر ، بخلاف الإقرار بالمال ونحوه إذ هو نفع محض للمقر له ففيه بد من التزامه (بخلاف الصغير) الذى لا يعبر عن نفسه لأنه في يد غيره فلا يشترط تصديقه (على ما مر من قبل) أى في باب دعوى النسب من كتاب الدعوى (ولا يمتنع بالمرض) أى لا يمتنع الإقرار بالنسب بسبب المرض (لأن النسب من الحوائج الأصلية) فصار كالنكاح بمهر المثل (ويشارك الورثة في الميراث) هذا من تنمة كلام القدورى في مختصره : أى ويشارك الغلام المقر له بالبنوة سائر الورثة في ميراث المقر . قال المصنف في تعليقه (لأنه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف فيشارك ورثته) أى ورثة المقر بالنسب (قال) أى القدورى في مختصره (ويجوز إقرار الرجل بالوالدين والولد) أى بالشرائط التى مر بيانها كما صرح به في الكافي ومعراج الدراية وسائر المعربات . أقول : لا يذهب عليك أن المسئلة المتقدمة مندرجة في هذه المسئلة ، إذ لا يدل عليها صراحة قوله ها هنا والولد ، فإذا كانت الشرائط المتبعة هناك معتبرة ها هنا أيضا لم يكن لذكر تلك المسئلة فيما قبل على الاستقلال كما وقع في مختصر القدورى وعامة المتون فائدة يعتد بها كما لا يخفى ، ولهذا لم يقع كذلك في الأصل والمحيط وعامة معتبرات الفتاوى (والزوجة) أى ويجوز إقرار الرجل بالزوجة ، ولكن يشترط ها هنا أن تكون المرأة خالية عن زوج آخر وعدته ، وأن لا تكون تحت المقر أختها ولا أربع سواها . نص عليه في الكافي والشروح (والمولى) أى ويجوز إقراره بالمولى : يعنى مولى العتاقة سواء كان أعلى أو أسفل هذا إذا لم يكن ولاؤه ثابتا من الغير ، لأن الولاء بمنزلة النسب وثبوت النسب من الغير يمنع صحة الإقرار بالنسب فكذلك في الولاء . كذا في الذخيرة وغيرها . قال صاحب النهاية : اعلم أن هذا الذى ذكره ها هنا من صحة إقرار المقر بالألم حيث قال بالوالدين موافق لرواية تحفة الفقهاء ورواية شرح الفرائض للإمام سراج الدين والمصنف ، ومخالف لعامة النسخ من المبسوط والإيضاح والجامع الصغير للإمام المحبوبي وغيرها ، والله تعالى أعلم بصحته ، انتهى كلامه . قال المصنف في تعليل مسئلة الكتاب (لأنه أقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير) فتحقق المقتضى وانتهى المانع فوجب القول بمجوازه . قال صاحب العناية وهذا الدليل كما ترى يدل

ذكر الإقرار بالنسب في فصل على حدة بعد ذكر الإقرار بالمال لقلته . ولصحة الإقرار بالولد ثلاث شرائط : أن يكون يولد مثله لثله كى لا يكون مكذبا في الظاهر . وأن لا يكون الولد ثابت النسب ، إذ لو كان لامتنع ثبوته من غيره . وأن يصدق المقر في إقراره إذا كان يعبر عن نفسه لأنه في يد نفسه ، بخلاف الصغير الذى لا يعبر عن نفسه على ما مر في باب دعوى النسب ، ولا يمتنع الإقرار به بسبب المرض لأن النسب من الحوائج الأصلية وهو يلزمه خاصة ليس فيه تحميله على الغير فيثبت ، وإذا ثبت كان كالوارث المعروف فيشارك ورثته . قال (ويجوز إقرار الرجل بالوالدين الخ) هذا بيان ما يجوز الإقرار به وما لا يجوز إقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى : يعنى مولى العتاقة سواء كان أعلى أو أسفل جائز سواء كان

(قوله لقلته) أقول : هذا وجه الأخير ، وأما وجه ذكره في فصل على حدة فلم يتعرض له لظهوره (قال المصنف : ويجوز إقرار الرجل الخ) أقول : وفيه بحث ، فإن الإقرار بأموية المرأة فيه تحميل النسب على زوجها فيلغى أن لا يقبل ، فإن قيد بسلام الزوج لم يبق فرق بينه

(ويقبل إقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى) لما بينا (ولا يقبل بالولد) لأن فيه تحميل النسب

على صحة إقراره بالأم كصحته بالأب . ثم قال : قال صاحب النهاية : والله تعالى أعلم بصحته ، وقد عرفت صحته بدلالة الدليل المذكور انتهى . يعنى أن صحته مقررة بدلالة الدليل المذكور عليها فلا وجه لتردد صاحب النهاية فيها كما يشعر به قوله : والله تعالى أعلم بصحته . أقول : فيه بحث ، أما أولاً فلأن دلالة الدليل المذكور على صحة إقراره بالأم ممنوعة ، فإن من شرائط صحة إقراره بالأم تصديق الأم إياه ، وفيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج وذلك لا يجوز ولهذا لا يقبل إقرار الأم بالولد باتفاق الروايات كما سيأتى ، فإذا لم يجر تصديقها إياه لم يجر إقراره بها لاستلزام انتفاء الشرط انتفاء المشروط وأما ثانياً فلأن تردد صاحب النهاية في صحة إقراره بالأم إنما نشأ مما صرح به في عامة الروايات بأن إقرار الرجل يصح بأربعة نفر بالأب والابن والمرأة ومولى العتاقة ، وذكر العدد يمنع الزيادة والنقصان على ما عرفت في الأصول ، فلما لم يجر إقراره بالأم على مقتضى ما ذكر في تلك الروايات جاز أن يكون دليل ذلك أقوى من الدليل المذكور في الكتاب لاجواز فإن الدليل المذكور هو القياس الجلى ، وراز أن يكون دليل عدم الجواز هو النص أو الإجماع أو القياس الخفى الذى هو الاستحسان ، وبكل واحد منها يترك القياس الجلى ، وإن كان دليل ذلك هو القياس الجلى أيضاً فلا أقل من المساواة ، وعدم اطلاعتنا على دليل ذلك لا يقتضى عدم ثبوته عند المجتهدين ، فالمدار في صحة أحد الجانبين صحة النقل عنهم لا غير فتأمل . واعتراض بعض الفضلاء على مسألة الكتاب والدليل المذكور فيه بأن الإقرار بأمومية المرأة فيه تحميل النسب على الغير إذا كانت متزوجة فينبغى أن لا يقبل ، فإن قيد بعدم الزوج لم يبق فرق بينه وبين إقرارها بالولد ، فإن إقرارها بالولد يصح أيضاً إذا أخذ بهذا القيد فلا يظهر وجه لإثبات هذا ونفى ذلك انتهى . أقول : لانسلم أن الإقرار بأمومية المرأة فيه تحميل النسب على الغير وإن كانت متزوجة ، بل فيه تحميل أبوة الزوج أيضاً بناء على كونه الأصل في النسب ، فكأنه أقر على نفسه بالانتساب إليه أيضاً ، وعن هذا قالوا في الإقرار بالأب صراحة إن المقر بالأب ألزم نفسه بالانتساب إليه ، ولم يقل أحد إن فيه تحميل نسب نفسه على الغير ، بخلاف إقرار المرأة بالولد فإن فيه تحميل نسب الغير على الغير وهو نسب الولد على الزوج ، والإقرار الذى فيه حمل نسب الغير على الغير إقرار على غيره لا على نفسه ، فكأنه دعوى أو شهادة ، والدعوى المفردة ليست بحجة ، وشهادة المفرد فيما يطلع عليه الرجال وهو من باب حقوق العباد غير مقبولة ، كذا في البدائع وغيره (ويقبل إقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى لما بينا) أنه أقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير ، والأئمة لا تمنع صحة إقرارها على نفسها ، ويستوى في صحة الإقرار بالأشياء المذكورة حالة الصحة ، وحالة المرض لأن حالة المرض إنما تخالف حالة الصحة باعتبار تعلق حق الغرماء بالورثة بالتركة ، فما لا يتعلق به حق الغرماء والورثة كان الإقرار به في الصحة والمرض سواء ، والنسب والنكاح والولاء لا يتعلق به حق الغرماء والورثة ، كذا في المبسوط (ولا يقبل) أى لا يقبل إقرار المرأة (بالولد) وإن صدقها (لأن فيه) أى في إقرارها بالولد (تحميل النسب) أى تحميل نسب الولد إقراره بهؤلاء في حالة الصحة أو المرض ، لأنه أقر بما يلزمه ، وليس فيه تحميل النسب على الغير فتحقق المقتضى وانتفى المانع فوجب القول بجوازه ، وهذا الدليل كما ترى يدل على صحة إقراره بالأم كصحته بالأب ، وهو رواية تحفة الفقهاء ورواية شرح الفرائض للإمام سراج الدين والمصنف . والمذكور في المبسوط والإيضاح والجامع الصغير للإمام المحبوبي أن إقرار الرجل يصح بأربعة نفر بالأب والابن والمرأة ومولى العتاقة . قال صاحب النهاية : والله تعالى أعلم بصحته ، وقد عرفت صحته بدلالة الدليل المذكور ، ويقبل إقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى لما بينا أنه أقر بما يلزمه الخ . وقال في المبسوط : وإقرار المرأة يصح بثلاثة نفر : بالأب والزوج ومولى العتاقة والأمر في ذلك ما ذكرنا ، ولا يقبل بالولد لأن فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج ، لأن النسب منه ، قال الله تعالى - ادعهم لأبائهم - وعليه الإجماع إلا أن يصدقها الزوج لأن الحق له أو تشهد القابلة

وبين إقرارها بالولها ، فإنه يصح أيضاً إذا أخذ بهذا القيد فلا يظهر وجه لإثبات هذا ونفى ذلك فليتأمل (قوله) ليس فيه تحميل النسب على الغير (أقول : فيه تأمل ، فإن الإقرار بأمومية المرأة فيه تحميل النسب على الغير إذا كانت متزوجة وإن قيد بعدم الزوج فإقرارها بالولد بهذا القيد صحيح فما وجه قوله ولا يقبل بالولاء كما فصلناه في القول السابق .

على الغير وهو الزوج لأن النسب منه (إلا أن يصدقها الزوج) لأن الحق له (أو تشهد بولادته قابلة) لأن قول القابلة في هذا مقبول وقد مر في الطلاق ، وقد ذكرنا في إقرار المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى ، ولا بد من

(على الغير وهو الزوج لأن النسب منه) أى من الزوج ، قال الله تعالى - ادعوهم لآبائهم - (إلا أن يصدقها الزوج استثناء من قوله ولا يقبل بالولد: يعنى إذا صدقها الزوج يقبل إقرارها بالولد (لأن الحق له) أى للزوج فيثبت بتصديقه (أو تشهد بولادته قابلة) أى أولا أن تشهد قابلة بولادته: أى بتولد ذلك الولد من تلك المرأة . وفى بعض النسخ بولادتها أى بولادتها إياه فى هذه النسخة أضيف المصدر إلى الفاعل وترك المفعول ، وفى الأولى عكس الأمر (لأن قول القابلة فى هذا) أى فى هذا الخصوص (مقبول) إذ الفرض أن الفراش قائم فيحتاج إلى تعيين الولد وشهادتها فى ذلك مقبولة (وقد مر فى الطلاق) أى فى باب ثبوت النسب عند قوله فإن جحد الولادة يثبت بشهادة امرأة واحدة تشهد بالولادة، حتى لو نفاه الزوج يلاعن لأن النسب يثبت بالفراش القائم (وقد ذكرنا فى إقرار المرأة تفصيلا فى كتاب الدعوى) من هذا الكتاب ، وذلك التفصيل هو أن إقرارها بالولد إنما لا يصح بدون شهادة قابلة بالولادة إذا كانت المرأة ذات زوج ، وإن كانت معتدة فلا بد من حجة تامة عند أى حنيفة رحمه الله . وأما إذا لم تكن منكوبة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لأن فيه إلزاما على نفسها دون غيرها . والأصل فى جنس هذه المسائل أن من أقر بنسب يلزمه فى نفسه ولا يحمله على غيره ، فأقراره مقبول كما يقبل إقراره على نفسه بسائر الحقوق . ومن أقر بنسب يحمله على غيره فإنه لا يقبل إقراره كما لا يقبل إقراره على غيره بسائر الحقوق ، كذا فى شرح الأقطع . فإن قلت : لأى معنى يثبت نسب الولد من الأب دون الأم مع أن الولد ولد منهما ، وما فائدة ثبوت نسبه من الأب دون الأم ، وما فائدة ثبوت النسب من الرجل فى الأربعة أو الخمسة المذكورة دون من سواهم مع أن الرجل إذا أقر بالأخ بعد موت أبيه يشاركه فى تركة أبيه على ما سأتى فى الكتاب ، وكذلك يجب عليه نفقة الأخ المقر له حال حياته كما ذكر فى المحيط والذخيرة . قلت : أما الأول فلا أن الولد منسوب إلى الأب دون الأم لقوله تعالى - ادعوهم لآبائهم - وقوله تعالى - وعلى المولود له رزقهن - حيث أضاف الولد إلى الأب بلام الملك ولذلك اختص الأب بالنسب . وأما فائدة اختصاص ثبوت النسب من الأب فهى صحة إقرار الأب بالولد ووجوب نفقة الولد على الأب على وجه الاختصاص حتى لا يشاركه فيها أحد كما لا يشاركه أحد فى نسبه . وأما فائدة ثبوت النسب فى حق هذه الأربعة أو الخمسة فهى ثبوت على طريق العموم لا على طريق الخصوص : أى أن حقوق المقر له كما تازم على المقر كذلك تلزم على غير المقر تقريراً لصحة إقراره ، حتى أنه إذا أقر بالابن مثلاً فالابن المقر له يرث من المقر مع سائر ورثته وإن جحد سائر الورثة ذلك ، ويرث من أبى المقر وهو جد المقر له وإن كان الجد يحدد بنوته لابنه . وأما فيما سوى الأربعة أو الخمسة فلما لم يصح إقرار المقر به ظهر أنه فى موضعين : أحدهما عدم اعتبار إقراره فيما يلزم غيره من الحقوق ، حتى أن من أقر بأخ وله ورثة سواه يحددون أخوته فوات المقر لا يرث الأخ مع سائر ورثته ولا يرث من أبى المقر وأمه ، بخلاف من صح إقراره فى حقه كما ذكرناه . والثانى صحة رجوع المقر عما أقر فى حق من سوى الأربعة أو الخمسة وعدم صحته فى حق هؤلاء ، فإن من أقر فى مرضه بأخ وصدقه المقر له ثم رجع عما أقر يصح ، حتى أنه لو أوصى بماله كله لإنسان بعد الإقرار بأخ كان ماله كله للموصى له لأن النسب لما لم يثبت كان إقراره بالأخ وقع باطلاً فيصح رجوعه عما أقر وأما أخذ الأخ المقر له تركة المقر عند عدم المزاحم فليس باعتبار صحة الإقرار بالنسب ، بل باعتبار أن ذلك صار بمنزلة الموصى بجميع المال ، وباعتبار أن إقراره حجة فى حق نفسه لا فى حق غيره ، ولذلك قلنا باستحقاق المقر له النفقة على المقر فى حال حياته ، إلى هذا كله أشار فى الذخيرة وفى الجامع الصغير للإمام المحبوبي . قال المصنف (ولا بد من

بالولادة ، إذ الفرض أن الفراش قائم فيحتاج إلى تعيين الولد وشهادتها فى ذلك مقبولة وقد مر فى الطلاق (قوله وذكرنا فى إقرار المرأة تفصيلا فى كتاب الدعوى) يريد به أن إقرارها بالولد إنما لا يصح إذا كانت ذات زوج ، وأما إذا لم تكن منكوبة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لأن فيه إلزاما على نفسها دون غيرها (ولا بد من

تصديق هؤلاء ، ويصح التصديق في النسب بعد موت المقر لأن النسب يبقى بعد الموت . وكذا تصديق الزوجة لأن حكم النكاح باق ، وكذا تصديق الزوج بعد موتها لأن الإرث من أحكامه . وعند أبي حنيفة لا يصح لأن النكاح انقطع بالموت ولهذا لا يحل له غسلها عندنا ، ولا يصح التصديق على اعتبار الإرث لأنه معدوم حالة الإقرار ، وإنما يثبت بعد الموت والتصديق يستند إلى أول الإقرار .

تصديق هؤلاء) أى لابد من تصديق المقر لهم المذكورين لأنهم في أبدى أنفسهم فيتوقف نفاذ الإقرار على تصديقهم . كذا في الكافي وغيره ، إلا إذا كان المقر له صغيراً في يد المقر وهو لا يعبر عن نفسه أو عبداً له فيثبت نسبه بمجرد الإقرار . ولو كان عبداً لغيره يشترط تصديق مولاه : كذا في التبيين (ويصح التصديق في النسب بعد موت المقر) يعنى أن المقر له بالنسب إذا صدق في حال حياة المقر يصح فكذا إذا صدق بعد موته (لأن النسب يبقى بعد الموت) فيصح تصديق المقر له بالنسب بعد موت المقر حتى يثبت به أحكام النسب بأسرها . قال تاج الشريعة : ولا يشكل هذا بإيجاب البائع إذا مات قبل قبول المشتري لأن الإقرار تام في نفسه والتصديق شرط ، فكان كما إذا باع بشرط الخيار للمشتري ثم مات البائع لا يبطل . أما الإيجاب ثمة فليس ينتمى لأن القبول ركن انتهى (وكذا تصديق الزوجة) أى وكذا يصح تصديق الزوجة زوجها في الإقرار بالزوجة بعد موت الزوج المقر بالاتفاق حتى يكون لها المهر والميراث (لأن حكم النكاح) وهو العدة (باق) بعد الموت فإن العدة واجبة بعد الموت وهي من آثار النكاح ؛ ألا يرى أنها تغسله بعد الموت لقيام النكاح من وجهه (وكذا تصديق الزوج بعد موتها) أى وكذا يصح تصديق الزوج المرأة بعد موتها في الإقرار بالزوجة فعليه مهرها وله الميراث منها (لأن الإرث من أحكامه) أى من أحكام النكاح وهو مما يبقى بعد الموت كالعدة ، وهذا عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله (وعند أبي حنيفة لا يصح) تصديق الزوج بعد موتها (لأن النكاح انقطع بالموت) حتى يجوز له أن يتزوج أختها وأربعاً سواها (ولهذا لا يحل له غسلها) بعد موتها (عندنا) ولا عدة عليه ليصح باعتبارها كما في العكس (ولا يصح التصديق على اعتبار الإرث) هذا جواب سؤال مقدر (على قول أبي حنيفة . تقريره : سلمنا أن تصديق الزوج إياها بعد موتها لا يصح نظراً إلى انقطاع النكاح بالموت بدليل أن الزوج لا يحل له أن يغسل زوجته بعد موتها باتفاق أصحابنا ، ولكن لم لا يصح تصديق إياها بعد موتها نظراً إلى الإرث الذي هو من حق آثار النكاح أيضاً ؟ فقال لا يصح التصديق على اعتبار الإرث (لأنه) أى لأن الإرث (معدوم حالة الإقرار) أى حالة إقرار الزوجة بالنكاح (وإنما يثبت) أى الإرث (بعد الموت والتصديق يستند إلى أول الإقرار) قال صاحب العناية : معناه أن التصديق هو الموجب لثبوت النكاح الموجب للإرث فلا يمكن أن يثبت بالإرث انتهى . أقول : لا يفتى على القطن أن معنى كلام المصنف هاهنا أن التصديق يستند إلى أول الإقرار بالنكاح والإرث معدوم في تلك الحالة فلا يمكن اعتبار صحة

تصديق هؤلاء والمرأة شرط صحة تصديقها خلوها عن زوج آخر وعدته وأن لا تكون أختها تحت المقر ولا أربع سواها ويصح التصديق في النسب بعد موت المقر لأنه مما يبقى بعد الموت ، وكذا تصديق الزوجة بالزوجة بعد موت الزوج المقر بالاتفاق ، لأن حكم النكاح باق وهو العدة فإنها واجبة بعد الموت وهي من آثار النكاح ، ألا ترى أنها تغسله بعد الموت لقيام النكاح وكذا تصديق بعد الزوج موتها لأن الإرث من أحكام النكاح وهو مما يبقى بعد النكاح كالعدة ، وهذا عندها . وقال أبو حنيفة : لا يصح لأن النكاح انقطع بالموت ولا عدة عليه ليصح باعتبارها ، ولا يصح التصديق على اعتبار الإرث لأنه معدوم حالة الإقرار ، وإنما يثبت بعد الموت والتصديق يستند إلى أول الإقرار ، معناه أن التصديق هو الموجب لثبوت النكاح الموجب للإرث فلا يمكن أن يثبت بالإرث . ولقائل أن يعارض فيقول : لا يصح التصديق على اعتبار العدة لأنها معدومة حالة الإقرار ، وإنما يثبت بعد الموت ، والتصديق يستند إلى أول

(قوله معناه أن التصديق الخ) أقول : فيه بحث (قوله ولقائل أن يعارض) أقول : هذه المعارضة مدفوعة عن المصنف ، فإنه لم يعين أن المراد من حكم النكاح في قوله حكم النكاح باق هو العدة ، فلعلة أراد به مثل حرمة الزوج بزواج آخر وحل غسلها فإنه ثابت في حال النكاح أيضاً ، ولو عينه لأمكن أن يقال : أراد بالعدة مما يلزمها من أمثال ما ذكرنا مجازاً فلا إشكال .

التصديق باعتبار الإرث المعدوم وقتئذ . وأما المعنى الذى ذكره صاحب العناية ، فع كونه مما لايساعده عبارة المصنف أصلا ليس بسديد ها هنا . أما أولا فلأنه لم يقل أحد بأن التصديق يثبت بنفس الإرث حتى يتم أن يقال فى الجواب عنه لايمكن أن يثبت التصديق بالإرث لثبوت الإرث به ، بل قيل صحة التصديق باعتبار مصادفته وقت الإرث الذى هو من آثار النكاح ، ولا ينافيه ثبوت نفس الإرث بالتصديق . وأما ثانيا فلأن ذلك ينتقض بما إذا كان التصديق قبل موتها فإنه يصح اتفاقا لمصادفته وقت ثبوت النكاح مع أنه يجرى أن يقال : إن التصديق هو الموجب لثبوت النكاح فلا يمكن أن يثبت بثبوت النكاح . وأما ثالثا فلأنه يلزم حينئذ أن يكون قول المصنف لأنه معدوم حالة الإقرار ، وإنما يثبت بعد الموت ضائعا مستدركا لجريان ذلك المعنى وإن فرض أن الإرث موجود حالة الإقرار ثابت قبل الموت تدبر . وقال صاحب العناية . ولقائل أن يعارض فيقول : لايصح التصديق على اعتبار العدة لأنها معدومة حالة الإقرار وإنما تثبت بعد الموت والتصديق يستند إلى أول الإقرار ويفسر بما ذكرتم ، ويمكن أن يجاب عنه بأن العدة لازمة للموت عن نكاح بالإجماع : فجاز أن يعتبر النكاح المعائن قائما باعتبارها فكذا المقر به ، وأما الإرث فليس بل لازم له لجواز أن تكون المرأة كتابية فلم يعتبر قائما باعتبارها انتهى كلامه . أقول : جوابه ليس بتمام لأن العدة أيضا غير لازمة للموت عن نكاح عند أبي حنيفة لجواز أن تكون المرأة ذمية مات عنها زوجها الذى أو تكون حربية خرجت إلينا مسلمة أو ذمية أو مستأمنة ثم أسلمت أو صارت ذمية فإنه لعدة عليها فى هذه الصور عند أبي حنيفة رحمه الله إذا لم تكن حاملا كما تقرر فى محله ، والمعارضة المذكورة إنما ترد على قول أبي حنيفة ، فالجواب المزبور لايدفعها على أصله . ثم إن بعض العلماء قال بعد نقل ما ذكره صاحب العناية فى هذا المقام : الظاهر أن مراد صاحب الهداية أن التصديق يستند إلى حالة الإقرار وفى تلك الحالة لايجب الإرث بل هو حكم يجب ويثبت بعد الموت فتى صححنا الإقرار صححنا لإثبات الإرث ابتداء فيكون التصديق واقعا فى شىء وهو فى الحال معدوم من كل وجه وهو النكاح ، وأشير إلى هذا فى النهاية فلا ترد المعارضة أصلا لأن وجوب العدة ثابت قبل الموت فلا يكون التصديق واقعا فى نكاح معدوم من كل وجه ، إلى ها هنا كلامه . أقول : نعم أشير إلى ذلك المعنى فى النهاية وغيرها ولكن قوله فلا ترد المعارضة أصلا ممنوع . قوله لأن وجوب العدة ثابت قبل الموت إن أراد به أن وجوبها ثابت قبل الموت فى المعتدة بالطلاق فسلم لكن ذلك لايجدى نفعا إذ الكلام فى المعتدة بالموت ، وإن أراد به أن وجوبها ثابت قبل الموت فى المعتدة بالموت أيضا فممنوع ، بل وجوبها فى المعتدة بالموت بعد الموت كما لا يخفى وصرح به فى النهاية وغيرها . وقال بعض الفضلاء : هذه المعارضة مدفوعة عن المصنف فإنه لم يميز أن المراد من حكم النكاح فى قوله حكم النكاح باق هو العدة فلعله أراد به مثل حرمة النزع بزواج آخر وحل غسلها فإنه ثابت فى حال النكاح أيضا ، ولو عينه لأمكن أن يقال أراد بالعدة ما يلازمها من أمثال ما ذكرنا مجازا فلا إشكال . انتهى كلامه . أقول : ما ذكره من مثل حرمة النزع بزواج آخر وحل غسلها ليس بحكم مستقل للنكاح بعد الموت بل هو من متفرعات العدة كما لا يخفى على العارف بالفقه ، فإذا لم يصح التصديق على اعتبار العدة لم يصح ذلك على اعتبار ما هو متفرع عنها لأن سقوط الأصل عن حيز الاعتبار يقتضى سقوط الفرع عن حيز ذلك أيضا فالإشكال باق . فإن قيل : إذا أقر رجل لرجل بعبد فمات العبد وترك كسبا اكتسبه بعد الإقرار ثم صدقه المقر له استحق الكسب والإرث فى مثلتنا كذلك . قلنا : الكسب يقع ملكا من الابتداء لمالك الرقبة لأنه فى حكم المنفعة ، ومن ملك رقبة ملك منافعها حكما لها فيصير الإقرار بالعبد إقرارا بأن الكسب للمقر له فيصير قيامه بمنزلة قيام العبد ، فأما الإرث فإنما يثبت بعد موت المرأة على سبيل الخلقة عنها بسبب الزوجية لا بحكم الإقرار ، والمستحق عليها بالنكاح يفوت بموتها فيبقى تصديقها بعد ذلك دعوى إرث مبتدأ ، كذا فى الأسرار والإيضاح وغيرهما

الإقرار ويفسر بما ذكرتم . ويمكن أن يجاب عنه بأن العدة لازمة للموت عن نكاح بالإجماع فجاز أن يعتبر النكاح المعائن قائما

قال (ومن أقرّ بنسب من غير الوالدين والولد نحو الأخ والعلم لا يقبل لإقراره في النسب) لأن فيه حمل النسب على الغير (فإن كان له وراث معروف قريب أو بعيد فهو أولى بالميراث من المقر له) لأنه لما لم يثبت نسبه منه لا يزاحم الوارث المعروف (وإن لم يكن له وارث استحق المقر له ميراثه) لأن له ولاية التصرف في مال نفسه عند عدم الوارث ؛ ألا يرى أن له أن يوصي بجميعه فيستحق جميع المال وإن لم يثبت نسبه منه لما فيه من حمل النسب على الغير ، وليست هذه وصية حقيقة حتى أن من أقرّ بأخ ثم أوصى لآخر بجميع ماله كان للموصى له ثلث جميع المال خاصة ولو كان الأول وصية لاشتركا نصفين لكنه بمنزلة ، حتى لو أقرّ في مرضه بأخ وصدقه المقر له ثم أنكر المقر وراثته ثم أوصى بماله كله لإنسان كان ماله للموصى له ؛ ولو لم يوص لأحد كان لبيت المال ، لأن رجوعه

(قال) أى القدورى في مختصره (ومن أقر بنسب من غير الوالدين والولد الصلبي) نحو الأخ والعلم) ونحو الجد وابن الابن كما صرح بهما أيضا في الكافي (لا يقبل لإقراره في النسب) وإن صدقه المقر له بل لا بد فيه من البيّنة كما ذكر في التختة وغيرها (لأن فيه) أى في هذا الإقرار (حمل النسب على الغير) فإن في الإقرار بالأخ حمل النسب على الأب إذ المقر له بالأخوة مالم يكن ابن أبى المقر لا يكون أخا له . وفي الإقرار بالعم حمل النسب على الجد ، إذ المقر له بالعمومة مالم يكن ابن جد المقر لا يكون عماله ، وفي الإقرار بابن الابن حمل النسب على الابن إذ المقر له لا يكون ابن ابن المقر مالم يثبت بنوته من ابن المقر ، وفي الإقرار بالجد حمل النسب على الأب إذ المقر له لا يكون جد المقر مالم يثبت أبوته من أبيه (فإن كان له) أى للمقر بنحو ما ذكر (وراث معروف قريب) كأصحاب الفروض والعصبات (أو بعيد) كذوى الأرحام (فهو) أى الوارث المعروف (أولى بالميراث من المقر له) حتى لو أقرّ بأخ وله عمة أو خالة فالإرث للعمّة والخالة (لأنه لما لم يثبت نسبه) أى نسب المقر له (منه) أى من المقر (لا يزاحم الوارث المعروف) قال في النهاية : قوله فإن كان له وارث بالفاء بعد قوله لا يقبل لإقراره في النسب وقع في محزه لأن هذا نتيجة ذلك ، فصورة ذلك أن الرجل إذا أقرّ في مرضه بأخ له من أبيه وأمه أو أبان ابن له ثم مات وله عمة أو خالة أو مولى موالاة فالإرث للعمّة والخالة أو المولى ، ولا شيء للمقر له لأن النسب لا يثبت بإقراره فلا يستحق المقر له مع وارث معروف انتهى (وإن لم يكن له) أى للمقر (وارث) معروف (استحق المقر له ميراثه) لأنه أثر يشيّن بالنسب باستحقاق ماله بعده وهو في الأول مقرّ على غيره ، وإقراره على غيره غير معتبر إذ لا ولاية له على غيره ، وفي الثاني مقرّ على نفسه ، وإقراره على نفسه معتبر (لأن له ولاية التصرف في مال نفسه عند عدم الوارث ، ألا يرى أن له أن يوصي بجميعه) أى بجميع ماله وقد جعل ماله للمقر له فيما نحن فيه بإقراره باستحقاقه ذلك بعده (فيستحق) المقر له (جميع المال وإن لم يثبت نسبه) من المقر (لما فيه) أى في الإقرار المزبور (من حمل النسب على الغير وليست هذه) أى هذه الصورة أو القضية : يعنى الإقرار المذكور (وصية حقيقة) أوضح ذلك بقوله (حتى أن من أقرّ بأخ ثم أوصى لآخر بجميع ماله كان للموصى له ثلث جميع المال ولو كان الأول) يعنى الإقرار بالأخ (وصية لاشتركا) أى الأخ والموصى له بجميع ماله (نصفين لكنه) استدراك من قوله وليست هذه وصية حقيقة : أى لكن الإقرار المذكور (بمنزلة) أى بمنزلة الوصية بتأويل الإيصاء ، ولعمري أن المصنف بفرط في المساهلة في أمر التذكير والتأنيث في كتابه هذا كما ترى ، ومن ذلك أنه أشار فيها مرّاتنا إلى الإقرار بلفظة هذه ، وأرجع هاهنا إلى الوصية ضمير المذكر (حتى لو أقرّ في مرضه بأخ وصدقه المقر له ثم أنكر المقر وراثته ثم أوصى بماله كله لإنسان) ومات ولا وارث له (كان ماله) جميعا (للموصى له ولو لم يوص لأحد كان) ماله (لبيت المال لأن رجوعه) أى رجوع المقر المزبور

باعتبارهما ، فكذا المقر به . وأما الإرث فليس بلام له لجواز أن تكون المرأة كتائية فلم يعتبر قائما باعتباره . قال (ومن أقر بنسب من غير الوالدين الخ) ومن أقرّ بأخ أو عم لم يقبل في النسب لأن فيه حمله على الغير . وأما في الإرث ، فإما أن يكون له ولو من معروف قريبا كان كذوى الفروض والعصبات مطلقا أو بعيدا كذوى الأرحام أو لا يكون ، فإن كان فهو أولى بالميراث من

صحيح لأن النسب لم يثبت فبطل إقراره . قال (ومن مات أبوه فأقرّ بأخ لم يثبت نسب أخيه) لما بينا (ويشاركه في الإرث) لأن إقراره تضمن شيئين حل النسب على الغير ولا ولاية له عليه ، والاشتراك في المال وله فيه ولاية فيثبت كالمشترى إذا أقرّ على البائع بالعتق لم يقبل لإقراره حتى لا يرجع عليه بالثمن ولكنه يقبل في حق العتق

(صحيح) يعني أن إنكاره رجوع والرجوع عن مثل هذا صحيح بمنزلة الرجوع عن الوصية (لأن النسب لم يثبت فبطل إقراره) وينبغي لك أن تعرف أن الرجوع عن الإقرار بالنسب إنما يصح إذا كان الرجوع قبل ثبوت النسب كما نحن فيه ، لأن النسب لم يثبت لكونه تحميلاً على الغير وليس له ذلك . وأما إذا ثبت النسب فلا يصح الرجوع بعد ذلك لأن النسب لا يحتمل النقص بعد ثبوته (قال) أي القدوري في مختصره (ومن مات أبوه فأقرّ بأخ لم يثبت نسب أخيه لما بينا) أن فيه حل النسب على الغير (ويشاركه في الإرث) أي يشارك المقرّ له بالأخوة المقرّ في الإرث من أبيه ، وبه قال مالك وأحمد وأكثّر أهل العلم . وقال الشافعي : لا يشاركه في الإرث لعدم ثبوت النسب ، وحكى ذلك عن ابن سيرين . قال المصنف في تعليل المشاركة (لأن إقراره تضمن شيئين) أحدهما (حل النسب على الغير ولا ولاية له) أي للمقرّ (عليه) أي على الغير فلا يثبت (و) الثاني (الاشتراك في المال وله فيه ولاية) لأنه إقرار على نفسه وله ولاية على نفسه (فيثبت) ومثل هذا ليس بممتنع (كالمشترى إذا أقرّ على البائع بالعتق) أي عتق ما اشتراه من ذلك البائع (لم يقبل إقراره) في حق الرجوع بالثمن على البائع (حتى لا يرجع عليه بالثمن) لكونه إقراراً على الغير في حق الرجوع بالثمن (ولكنه يقبل) لإقراره (في حق العتق) حتى يعتق عليه ما اشتراه لكونه إقراراً على نفسه في حق ذلك . واعلم أنه إذا قبل إقراره في حق نفسه يستحق المقرّ له نصف نصيب المقرّ عندنا . وعند مالك وابن أبي ليلى يجعل إقراره شائعاً في التركة فيعطى المقرّ من نصيبه ما يخصه من ذلك ، حتى لو كان لشخص مات أبوه أخ معروف فأقرّ بأخ آخر فكذب أخوه المعروف فيه أعطى المقرّ نصف ما في يده عندنا وعندهما ثلث ما في يده ، لأن المقرّ قد أقرّ له بثلث شائع في النصفين فنفذ إقراره في حصته وبطل ما كان في حصة أخيه فيكون له ثلث ما في يده وهو سدس جميع المال والسدس الآخر في نصيب أخيه فبطل إقراره فيه . ونحن نقول : إن في زعم المقرّ أنه يساويه في الاستحقاق والمنكر ظالم بإنكاره فيجعل ما في يده كالمالك فيكون الباقي بينهما بالسوية ، ولو أقرّ بأخت تأخذ ثلث ما في يده عندنا وعندهما تأخذ خمسة ، ولو أقرّ ابن وبنت بأخ وكذبهما ابن آخر معروف يقسم نصيب المقرين عندنا أخماساً وعندهما أرباعاً والتخريج ظاهر ، ولو أقرّ بامرأة أنها زوجة أبيه أخذت ثمن ما في يده ، ولو أقرّ بجدة صحيحة أخذت سدس ما في يده فيعامل فيها في يده كما يعامل لو ثبت ما أقرّ به ، ولو أقرّ أحد الابنين المعروفين بامرأة أنها زوجة أبيهما وكذب الآخر أخذت تسعي ما في يده عندنا . وعند مالك وابن أبي ليلى لهما ثمن ما في يده لأن في زعم المقرّ أن للمرأة ثمن ما في يدي الابنين . إلا أن إقراره صح فيما يبد نفسه ولا يصح في حق صاحبه ، وإذا صح في حق نفسه يعطيه ثمن ما في يده : ونحن نقول : إن في زعم المقرّ أن التركة بينهم على ستة عشر سهماً للزوجة سهران ولكل ابن سبعة أسهم ، فلما أخذ أخوه أكثر من حقه في زعمهما صار ذلك كالمالك فيقسم النصف الذي في يد المقرّ بينه وبينها

المقرّ له ، هذا لأنه لما لم يثبت نسبه لم يزاحم الوارث المعروف وإن لم يكن استحق المقرّ له ميراثه ، لأنه أقرّ بشيئين : بالنسب وباستحقاق ماله بعده . والأول إقرار على غيره وهو غير مسموع ، والثاني على نفسه وهو مسموع لأن له التصرف في مال نفسه عند عدم الغريم والوارث ، حتى لو أوصى بجميعه استحقه الموصى له ، وبقيّة كلامه لا يحتاج إلى بيان (قوله ومن مات أبوه فأقرّ بأخ لم يثبت نسبه) مبنى على ما ذكرناه أن الإقرار على نفسه صحيح (فيشاركه في الإرث) وعلى الغير غير صحيح فلم يثبت نسبه وهو المشهور عن أبي حنيفة : وإن كان المقرّ أحد ابنين لم يثبت النسب أيضاً والمقرّ له يشارك المقرّ في الإرث بناء على مامر من الأصل (لأن إقراره تضمن شيئين : حل النسب على الغير والاشتراك في ماله ، ولا ولاية في الأول فلم يثبت ، وله ذلك في الثاني فيثبت) قال أبو حنيفة : إذا أقرّ أحد الابنين بأخ ثالث وكذب أخوه المعروف فيه أعطاه المقرّ نصف ما في يده . وقال ابن أبي ليلى : يعطيه ثلث ما في يده لأن المقرّ أقرّ له بثلث شائع في النصفين فنفذ في حصته وبطل في حصة الآخر . ولأبي حنيفة

قال (ومن مات وترك ابنين وله على آخر مائة درهم فأقر أحدهما أن أباه قبض منها خمسين لاشئ للمقر وللآخر خمسون) لأن هذا إقرار بالدين على الميت لأن الاستيفاء إنما يكون بقبض مضمون ، فإذا كذبه أخوه استغرق الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا ، غاية الأمر أنهما تصادقا على كون المقبوض مشتركاً بينهما ،

على قدر حقهما ويجعل ما يحصل للمقر وهو سبعة على تسعة أسهم فتضرب هي بقدر حقها وهو سهمان ويضرب المقر بقدر حقه وهو سبعة أسهم ، كذا في التبيين والبدائع والإيضاح . ثم اعلم أنه لا يثبت النسب في حق الميراث بإقرار وارث واحد وإنما يثبت بإقرار رجلين أو رجل وامرأتين من الورثة . وقال أبو يوسف والحسن والشافعي : كل من يجوز الميراث يثبت النسب بقوله وإن كان واحداً ، والأول أصح اعتباراً للإقرار بالشهادة ، كذا ذكره الزاهد في شرح مختصر القدوري نقلاً عن شرح الأقطع . وتوضيحه ما ذكره صاحب البدائع من أن الإقرار بنحو الأخوة إقرار على غيره لما فيه من حل نسب غيره على غيره فكان شهادة الفرد غير مقبولة ، بخلاف ما إذا كان اثنين فصاعداً لأن شهادة رجلين أو رجل وامرأتين في النسب مقبولة (قال) أي محمد رحمه الله في الجامع الصغير (ومن مات وترك ابنين وله) أي والميت (على آخر مائة درهم فأقر أحدهما) أي أحد الابنين (أن أباه قبض منها) أي من المائة (لاشيء للمقر) أي لاشئ من المائة للابن المقر (وللآخر) أي وللابن الآخر (خمسون) منها يعني كان للابن الآخر أن يأخذ الخمسين من الغريم بعد أن يحلف بالله ما يعلم أن أباه قبض منه المائة (لأن هذا) أي لأن إقرار أحد الابنين بما ذكر (إقرار بالدين على الميت لأن الاستيفاء) أي استيفاء الدين (إنما يكون بقبض مضمون) لما مر أن الديون تقضى بأمثالها فيجب للمدين على صاحب الدين مثل ما لصاحب الدين عليه فيلتقيان قصاصاً وإقرار الوارث بالدين على الميت يوجب القضاء عليه من حصته خاصة (إذا كذبه) أي كذب المقر (أخوه استغرق الدين نصيبه) أي نصيب المقر (كما هو المذهب عندنا) احترازاً عن قول ابن أبي ليل ، فإن هلاك الدين على الغير بسبب الإقرار ينخص عندنا بنصيب المقر ، وعند ابن أبي ليل يشيع في النصيبين ، كذا في أكثر الشروح . وقال في الكفاية خلافاً للشافعي . فعنده يشيع في النصيبين . وقال في معراج الدراية : وبما هو المذهب عندنا قال الشافعي في قول . وقال الشافعي في قول وأحمد : يلزمه نصف الدين وهو قياس مذهب مالك ، وبه قال النخعي والحسن وإسحاق وأبو عبيدة وأبو ثور انتهى . قال صاحب العناية : وعورض بأن صرف إقراره إلى نصيبه خاصة يستلزم قسمة الدين قبل القبض وهي لا تجوز . والجواب أن قسمة الدين إنما تكون بعد وجود الدين ، وإذا أقر المقر بقبض خمسين قبل الورثة لم ينتقل على زعمه من الدين إلا الخمسون فلم تتحقق القسمة انتهى . أقول : الجواب المزبور ليس بشاف ، لأن حاصله عدم لزوم قسمة الدين قبل القبض على زعم المقر ، وزعم المقر إنما يؤثر في حق نفسه لا في حق الغير فيكتفى في المخلدور لزوم ذلك على زعم الآخر ، فإن قسمة الدين قبل القبض لا تجوز بالنظر إلى كل أحد . فالأظهر عندى في الجواب أن يقال : قسمة الدين قبل القبض إنما لا تجوز في القسمة الحقيقية ، وأما في القسمة الحكيمة كما نحن فيه فعلم جوازها ممنوع ، ويؤيده ما صرحوا به في فصل الدين المشترك من كتاب الصلح بأن القسمة قبل القبض إنما لا تجوز قصداً لا ضمناً فتأمل . قال المصنف (غاية الأمر أنهما) أي الابنين (تصادقا على كون المقبوض مشتركاً بينهما) أي على كون

أن زعم المقر أنه يساويه في الاستحقاق والمنكر ظالم فيجعل ما في يد المنكر كالحالك ويكون الباقي بينهما بالسوية . قال (ومن مات وترك ابنين الخ) ومن مات وترك ابنين وله على آخر مائة درهم فأقر أحدهما أن أباه قبض منها خمسين لاشئ للمقر وللآخر خمسون بناء على ما ذكرنا من الإقرار على نفسه وعلى غيره وهو الأخ والميت فيصبح على نفسه ولا يصح عليهما ، ثم يحلف الأخ بالله ما يعلم أن أباه قبض منه المائة ويقبض الخمسين من الغريم ، لأن هذا إقرار بالدين على الميت لأن الاستيفاء إنما يكون بقبض مضمون على ما مر أن الديون تقضى بأمثالها ، وإقرار الوارث بالدين على الميت يوجب القضاء عليه من حصته خاصة ، فإن أكذبه أخوه استغرق الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا خلافاً لابن أبي ليل كما ذكرنا آنفاً . وعورض بأن صرف إقراره إلى

(قوله على ما مر) أقول : في أواخر باب الاستثناء (قوله استغرق الدين نصيبه) أقول : أي نصيب المقر .
(٨١ - لكافة فتح القدير حن - ٨)

لكن المقر لو رجع على القابض بشيء لرجع القابض على الغريم ورجع الغريم على المقر فيؤدي إلى الدور :

الخمسین الباقي على الغريم الذي يقبضه الابن المنكر مشتركاً بين الابن المقر والابن المنكر ، هذا جواب سؤال مقدر . تقريره أن جميع الدين كان مشتركاً بينهما فكذلك كل جزء من أجزائه يكون مشتركاً بينهما ، فما هلك يهلك مشتركاً وما بقي يبقى مشتركاً بينهما ، فالابن المنكر لما جحد الهلاك لم ينكر الاشتراك في شيء من أجزائه ، والابن المقر وإن زعم أن بعض أجزائه هالك إلا أنه لم ينكر الاشتراك فيما بقي بعد الهلاك فهما متصادقان في الاشتراك في الباقي المقبوض ، فينبغي أن يكون ذلك بينهما نصفين ويرجع المقر على القابض بنصف ما قبضه ، فأجاب بأنهما وإن تصادقا على كون المقبوض مشتركاً بينهما (لكن المقر) لا يرجع على القابض بشيء لعدم الفائدة ، إذ (لو رجع على القابض بشيء لرجع القابض على الغريم) بقدر ذلك لزعمه أن أباه لم يقبض شيئاً من الغريم وله تمام الخمسين بسبب سابق (ورجع الغريم) أيضاً (على المقر) بقدر ذلك لانتقاض المقاصة في ذلك القدر وبقائه ديناً على الميت بموجب إقراره والدين مقدم على الإرث (فيؤدي إلى الدور) ولا فائدة فيه ، وقد قرر صاحب العناية السؤال والجواب هاهنا بوجه آخر حيث قال . فإن قيل : زعم المقر يعارضه زعم المنكر ، فإن في زعمه أن المقبوض على التركة كما في زعم المقر والمنكر يدعى زيادة على المقبوض فتصادقا على كون المقبوض مشتركاً بينهما ، فما المرجح لزعم المقر على زعم المنكر حتى انصرف المقر به إلى نصيب المقر خاصة ولم يكن المقبوض مشتركاً بينهما . أجاب بقوله غاية الأمر أنهما تصادقا على كون المقبوض مشتركاً بينهما لكن المقر لو رجع : يعني أن المرجح هو أن اعتبار زعم المنكر يؤدي إلى عدم الفائدة بلزوم الدور انتهى . أقول : كل واحد من تقريرى السؤال والجواب على الوجه الذي ذكره مختل . أما تقرير السؤال فلأن حديث معارضة زعم المقر لزعم المنكر ، وترجيح زعم المقر على زعم المنكر مما لا مساس له بكلام المصنف هاهنا ، لأنه قال : غاية الأمر أنهما تصادقا على كون المقبوض مشتركاً بينهما ، ولا شك أن التصادق ينافي التعارض والترجيح فكيف يحمل كلامه على ذلك . والعجب أن صاحب العناية أدرج تصادقهما أيضاً في أثناء تقرير السؤال ، وفرّع على تعارض زعميهما حيث قال : فتصادقا على كون المقبوض مشتركاً بينهما ، ثم طلب المرجح بقوله فما المرجح لزعم المقر على زعم المنكر . ولا يخفى أن في نفس هذا التعارض تناقضاً . وأما تقرير الجواب فلأن الفهوم من قوله يعني أن المرجح هو أن اعتبار زعم المنكر يؤدي إلى عدم الفائدة بلزوم الدور هو أن

نصيبه خاصة يستلزم قسمة الدين قبل القبض وهي لا تجوز . والجواب أن قسمة الدين إنما تكون بعد وجود الدين ، وإذا أقر المقر بقبض خمسين قبل الورثة لم ينتقل على زعمه من الدين إلا الخمسون فلم تتحقق القسمة . فإن قيل زعم المقر يعارضه زعم المنكر ، فإن في زعمه أن المقبوض على التركة كما في زعم المقر والمنكر يدعى زيادة على المقبوض فتصادقا على كون المقبوض مشتركاً بينهما فما المرجح لزعم المقر على زعم المنكر حتى انصرف المقر به إلى نصيب المقر خاصة ولم يكن المقبوض مشتركاً بينهما ؟ أجاب بقوله : غاية الأمر أنهما تصادقا على كون المقبوض مشتركاً بينهما ، لكن المقر لو رجع : يعني أن المرجح هو أن اعتبار زعم المنكر يؤدي إلى عدم الفائدة بلزوم الدور ، وذلك لأنه لو رجع المقر على القابض بشيء لرجع القابض على الغريم لزعمه أن أباه لم يقبض شيئاً وله تمام الخمسين بسبب سابق قبل القبض وقد انتقض القبض في هذا المقدار فيرجع تمام حقه ورجع الغريم على المقر لإقراره بدین على الميت مقدم على الميراث فيؤدي إلى الدور . ولقاتل أن يقول : إذا كان من زعم المنكر أن أباه لم يقبض شيئاً كان من زعمه أن أخاه في إقراره ظالم وهو فيما يقبضه أخوه مظلوم فلا يرجع على الغريم بشيء لأن المظلوم لا يظلم غيره . والجواب أن المظلوم لا يظلم غيره ، ولكنه في زعمه ليس في الرجوع بظالم بل طالب تمام حقه ، والله أعلم .

(قوله ولقاتل أن يقول ، أي قوله : في إقراره ظالم) أقول : فيه شيء ، فإنهما لما تصادقا على كون المقبوض مشتركاً لم يكن لزعمه أن أخاه فيما يقبضه منه ظالم بخلاف ظاهره (قوله لأن المظلوم لا يظلم غيره) أقول : الغريم لم يوف تمام ما عليه عنده فلا يكون مظلوماً إذا رجع عليه في زعمه ، وهذا هو مراد الشارح .

(كتاب الصلح)

لزوم الدور إنما يكون باعتبار زعم المنكر دون المقر . وليس كذلك بل لزوم الدور إنما يكون باعتبار زعم المقر دون زعم المنكر . لأن رجوع الغريم على المقر بالآخرة إنما هو على زعم المقر أن أباه قبض منه الخمسين ، وإنما بقي عليه الخمسون المقبوض . وأما على زعم المنكر وهو أن أباه لم يقبض منه شيئاً فلا يرجع الغريم على المقر بشيء بل يازمه أن يعطى المقر أيضاً مثل ما أعطاه المنكر فلا يلزم الدور وتدبر تفتت . ثم قال صاحب العناية : ولما قل أن يقول : إذا كان من زعم المنكر أن أباه لم يقبض شيئاً كان من زعمه أن أخاه في إقراره ظالم وهو فيما يقبضه أخوه منه مظلوم فلا يرجع على الغريم بشيء لأن المظلوم لا يظلم غيره . والجواب أن المظلوم لا يظلم غيره ، ولكنه في زعمه ليس في الرجوع بظالم بل طالب لتمام حقه انتهى . أقول : في الجواب نظر ، لأن الخمسين الذي قبضه المنكر من الغريم أولاً إن كان بتمامه حق المنكر لم يكن هو في رجوعه على الغريم بعد ذلك طالبا لتمام حقه ، إذ ليس حقه في المائة بزيادة على الخمسين حتى يكون طالبا لتمامه . وإن لم يكن المقبوض أولاً بتمامه حقه بل كان بعضه حق أخيه لم يكن هو فيما يقبضه أخوه منه مظلوماً ، وسوق الجواب المزبور على تسليم مظلوميته كما ترى . فالحق في الجواب أن يقال : لا نسلم أنه إذا كان من زعم المنكر أن أباه لم يقبض شيئاً كان في زعمه أنه فيما يقبضه أخوه منه مظلوم . كيف وهما متصادقان على كون ما قبضه من الغريم أولاً مشتركاً بينهما كما تقرر . نعم يجوز أن يكون من زعم المنكر ذلك أن أخاه ظالم لنفسه حيث أبطل حقه في المائة بإقراره بأن أباه قبض منها الخمسين .

(كتاب الصلح)

قد مر مناسبة الصلح بالإقرار في أول كتاب الإقرار . والصلح في اللغة : اسم للمصالحة التي هي المسألة خلاف الخصامة ، وأصله من الصلاح وهو استقامة الحال فعناه دال على حسنة الذاتي . وفي الشريعة : عبارة عن عقد وضع لرفع المنازعة .

(كتاب الصلح)

قد ذكرنا وجه المناسبة في أول الإقرار فلا نعيده ، وهو اسم للمصالحة خلاف الخصامة . وفي اصطلاح الفقهاء : عقد وضع لرفع المنازعة . وسببه : تعلق البقاء المقدر لتعاطيه وقد بيناه في التقرير . وشرطه : كون المصالح عنه مما يجوز عنه الاعتياض وسأني تفصيل له . وركنه : الإيجاب مطلقاً والقبول فيما يتعين بالتعيين . وأما إذا وقع الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس فقد تم الصلح بقول المدعي قبلت ولا يحتاج فيه إلى قبول المدعي عليه لأنه إسقاط لبعض الحق وهو يتم بالمسقط ، بخلاف الأول لأنه طلب البيع من غيره فقال ذلك الغير بعت لا يتم البيع مالم يقل الطالب قبلت . وحكمه تملك المدعي المصالح عليه منكراً كان الخصم أم مقراً . ووقوعه للمدعي عليه في المصالح عنه إن كان مما يحتمل التملك والبراءة له في غيره إن كان مقراً ، وإن كان منكراً فحكمه وقوع البراءة عن دعوى المدعي احتمال المصالح عنه التملك أولاً . وأنواعه بحسب أحوال المدعي عليه ما هو المذكور في الكتاب وبحسب الهدلين على القسمة العقلية على ما سنذكره ، وجوازه ثابت بالكتاب والسنة

(كتاب الصلح)

وسببه : تعلق البقاء المقدر بتعاطيه كما في سائر المعاملات . وركنه : الإيجاب والقبول . كذا ذكر في البدائع والكافي وكثير من الشروح . قال صاحب العناية أخذنا من النهاية : وركنه الإيجاب مطلقا والقبول فيما يتعين بالتعيين . وأما إذا وقع الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس فقد تم الصلح بقول المدعى قبلت . ولا يحتاج فيه إلى قبول المدعى عليه لأنه إسقاط لبعض الحق وهو يتم بالمسقط . بخلاف الأول لأنه طلب البيع من غيره . ومن طلب البيع من غيره فقال ذلك الغير بعث لا يتم البيع ما لم يقل الطالب قبلت انتهى . أقول : فيه بحث . أما أولا فلأنه سيأتى في الكتاب أن الصلح إذا وقع عن إقرار فإن كان عن مال بمال اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات . وإن كان عن مال بمنافع اعتبر بالإجازات ، وإذا وقع عن سكوت أو إنكار كان في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعى بمعنى المعاوضة . فإذا تقرر هذه الضابطة . فلو وقع الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس وكان وقوع الصلح عن سكوت أو إنكار وجب أن لا يتم الصلح بقول المدعى قبلت . لأن كونه إسقاطا لبعض الحق واستيفاء لبعضه الآخر فيما إذا وقع عن سكوت أو إنكار إنما هو في حق المدعى . وأما في حق المدعى عليه فإنما هو لافتداء اليمين وقطع الخصومة فلا بد من قبوله أيضا حتى يتحقق الافتداء وتنقطع الخصومة . وأما ثانيا فلأنه إذا وقع الدعوى فيما يتعين بالتعيين كالدار مثلا فصولح على قطعة منها والحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي كان الصلح صحيحا على ماسيجي في الكتاب فينبغي أن يتم هناك أيضا بقول المدعى قبلت بدون قبول المدعى عليه لكونه إسقاطا لدعوى بعض الحق بمثل ما قال فيما إذا وقع الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس فلا يتم إطلاق قوله والقبول فيما يتعين بالتعيين . وأما ثالثا فلأن قوله لأنه طلب البيع من غيره النخ في تعليل قوله بخلاف الأول قاصر عن إفاده كلية المدعى وهو ركنية الإيجاب والقبول معا فيما يتعين بالتعيين مطلقا ، فإن طلب البيع من غيره لا يتمشى في كل صورة من الصور الثلاث المدرجة في الضابطة المذكورة للصلح . بل إنما يتمشى في صورة واحدة منها وهي ما إذا كان الصلح عن إقرار وكان مالا بمال فتأمل . وشرط مطلق الصلح كون المصالح عنه مما يجوز عنه الاعتياض . ولأنواعه شروط أخر سيأتى تفصيلها في الكتاب . وحكمه وقوع البراءة عن دعوى المدعى ، كذا في الكافي وبعض الشروح . قال في العناية أخذنا من النهاية : وحكمه تتمك المدعى المصالح عليه منكرا كان الخصم أو مقرا ، ووقوعه للمدعى عليه في المصالح عنه إن كان مما يحتمل التملك والبراءة له في غيره إن كان مقرا ، وإن كان منكرا فحكمه وقوع البراءة عن دعوى المدعى احتمل المصالح عنه التملك أولا انتهى . أقول : فيه كلام ، وهو أن المصالح عليه أيضا قد يكون مما لا يحتمل التملك كترك الدعوى ، فإنهم صرحوا بأنه إذا ادعى حقا في دار رجل وادعى المدعى عليه حقا في أرض بيد المدعى فاصطلحا على ترك الدعوى ، فإنه جائز فجعل حكم الصلح في جانب المصالح عنه قسمين : تملك المدعى عليه إياه ، وبراءته عن دعوى المدعى . وفي جانب المصالح عليه قسما واحدا هو تملك المدعى إياد مع جريان احتمال التملك وعدم احتماله في الجانبين معا مما لا يخلو عن تحكيم . فإن نوقش في المثال المذكور بأن كون المصالح عليه ترك الدعوى في ذلك أمر ظاهري مبنى على المسامحة ، وإنما المصالح عليه حقيقة في ذلك ما ادعاه كل واحد منهما من الحق فيما بيد الآخر فإنه يقع مصالحا عنه بالنظر إلى ذي اليد ومصالحا عليه بالنظر إلى الآخر وهو مما لا يحتمل التملك قطعاً . قلنا : فإذا يقال فيما إذا ادعى كل واحد منهما على الآخر قصاصا فاصطلحا على ترك الدعوى والعفو من الجانبين ، إذ لا شك أنه كما أن ترك الدعوى والعفو مما لا يحتمل التملك كذلك نفس القصاص مما لا يحتمله فلا يتصور في هذه الصور تملك المدعى المصالح عليه ، بل إنما يتيسر فيها براءة كل واحد منهما عن دعوى الآخر . بقي هاهنا كلام آخر ، وهو أنه إذا ادعى رجل دارا وأنكر المدعى عليه ودفع المدعى إلى ذي اليد شيئا بطريق الصلح وأخذ الدار فإنه جائز كما سيأتى في الشروح . وأصل المسئلة في الفصل السابع من فصول الاستروشنى مع أنه يملك هناك المدعى المصالح عنه والمدعى عليه المصالح عليه فينتقض

قال (الصلح على ثلاثة أضرب : صلح مع إقرار ، و صلح مع سكوت ، وهو أن لا يقر المدعى عليه ولا ينكر و صلح مع إنكار وكل ذلك جائز) لإطلاق قوله تعالى - والصلح خير - ولقوله عليه الصلاة والسلام :

ما ذكر من حكم الصلح في أحد الجانبين طردا وعكسا فتأمل (قوله الصلح على ثلاثة أضرب الخ) قال صاحب العناية : الحصر على هذه الأنواع ضرورى ، لأن الخصم وقت الدعوى إما أن يسكت أو يتكلم مجيبا وهو لا يخلو عن النفي والإثبات . لا يقال : قد يتكلم بما لا يتصل بمحل النزاع ، لأنه سقط بقولنا مجيبا انتهى . أقول : يرد على ظاهر جوابه أنه إنما يفيد انحصار تقسيمه الثانى وهو قوله وهو لا يخلو عن النفي والإثبات ، ولا يفيد انحصار تقسيمه الأول وهو قوله إن الخصم وقت الدعوى إما أن يسكت أو يتكلم مجيبا ، إذ تخرج صورة التكلم بما لا يتصل بمحل النزاع عن قسميه معا فيبقى الاعتراض بهذه الصورة على قوله الحصر على هذه الأنواع ضرورى . ويمكن أن يقال : المراد بالسكوت في قوله إما أن يسكت أو يتكلم مجيبا هو السكوت عن التكلم مجيبا لا السكوت مطلقا وهو عدم التكلم أصلا ، فتدخل الصورة المزبورة في القسم الأول من تقسيمه الأول وهو قوله إما أن يسكت فيصح قوله الحصر على هذه الأنواع ضرورى ، وتفسير السكوت في الكتاب بقوله وهو أن لا يقر المدعى عليه ولا ينكر لا يخلو عن إيماء إلى أن المراد بالسكوت هاهنا هو السكوت عن الجواب دون مطلق السكوت ، لأن معنى مطلق السكوت مع كونه غنيا عن التفسير ليس ما ذكر في الكتاب بل هو ألا يتكلم أصلا (قوله وكل ذلك جائز لإطلاق الخ) تسامح المصنف هاهنا في التعبير حيث قال لإطلاق قوله تعالى - والصلح خير - مع أنه لا يذهب عليك أن الدليل على جواز كل ذلك في الحقيقة قوله المطلق لا إطلاق قوله إلا أنهم كثيرا ما يتسامحون في العبارة في أمثال هذا بناء على ظهور المراد وتنبها على فائدة تفيدها تلك العبارة كما في تعريفهم العلم بمحصل صورة الشيء في العقل مع أنه في الحقيقة هو الصورة الحاصلة في العقل على ما حققه الفاضل الشريف في بعض تصانيفه . قال بعض الفضلاء في حلّ قول المصنف لإطلاق قوله تعالى : أى لقوله المطلق ، بالإضافة من قبيل إضافة الصفة إلى الموصوف انتهى . أقول : ليس هذا بسديد ، أما أولا فلأن إضافة الصفة إلى الموصوف ليست بجائزة كإضافة الموصوف إلى الصفة على ما هو المذهب المختار المقرر في كتب النحو ، حتى أنهم أولوا مثل : جرد قطيفة ، وأخلاق ثياب

(قال الصلح على ثلاثة أضرب) الحصر على هذه الأنواع ضرورى ، لأن الخصم وقت الدعوى إما أن يسكت أو يتكلم مجيبا وهو لا يخلو عن النفي والإثبات . لا يقال : قد يتكلم بما لا يتصل بمحل النزاع لأنه سقط بقولنا مجيبا وكل ذلك جائز (لقوله تعالى - والصلح خير -) فإنه بإطلاقه يتناولها ، فإن منع الإطلاق لوقوعه في سياق صلح الزوجين في قوله تعالى « فلا جناح عليهما أن يصالحا بينهما صلحا والصلح خير - فكان للعهد . أجيب بأن الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب ، وبأنه ذكر للتعليل : أى لا جناح عليهما أن يصالحا لأن الصلح خير فكان عاما ، ولأنه وقع قوله تعالى - أن يصالحا - في سياق الشرط فكان مستقبلا ، وقوله تعالى - والصلح خير - كان في الحال فلم يكن إياه بل جنسه . فإن قيل : سلمناه ولكن صرفه إلى الكل متعذر لأن الصلح بعد اليمين و صلح المودع و صلح من ادعى قذفا على آخر و صلح من ادعى على امرأة نكاحا فأنكرت لا يجوز فيصرف إلى الأدنى وهو الصلح عن إقرار . أجيب بأن ترك العمل بالإطلاق في بعض المواضع لمانع لا يستلزم تركه عند عدمه (ولقوله صلى الله

(قوله لأنه سقط بقولنا مجيبا) أقول : فيه بحث ، إذ لا يكون الحصر حينئذ ضروريا (قال المصنف : لإطلاق قوله تعالى - والصلح خير) أقول : أى لقواه المطلق ، بالإضافة من قبيل إضافة الصفة إلى الموصوف ، وتام الآية - وإن امرأة خافت من بعلها نشورا أو إعراضا فلا جناح عليهما أن يصالحا بينهما صلحا والصلح خير - (قوله أجيب بأن الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب) أقول : أنت خير بأن المانع يمنع عموم اللفظ مستندا بأن اللام للعهد . فالجواب يتضمن المصادرة على المطلوب فليتأمل (قوله وبأنه ذكر للتعليل) أقول : فيه بحث ، لأنه لو كان تعليلا لأبطل الفاء بالواو (قوله وقوله والصلح خير كان في الحال) أقول : إن أراد أن الحكم بالمحمول على الموضوع كائن في الحال فسلم ، ولا يفيد لجواز أن يكون المحكوم عليه هو الصلح الاستقبال ، وإن أراد أن الحكم على الصلح الكائن في الحال : يعنى حقيقة الصلح و جنسه كما في قولهم : الرجل خير من المرأة فللخصم أن يمنعه (قوله فأنكرت لا يجوز) أقول : بل يجوز كما سيجى عن قريب .

« كل صلح جائز فيما بين المسلمين إلا صلحا أحلّ حراما أو حرّم حلالا »

بما يخرج به عن أن يكون من قبيل إضافة الصفة إلى الموصوف فما معنى حمل كلام المصنف هاهنا على ذلك . وأما ثانيا فلأن الصفة في « لقوله المطلق » هو المطلق لا الإطلاق ، والكلام في توجيه إطلاق قوله فلا يجدي حديث إضافة الصفة إلى الموصوف شيئا بل لا بد من المصير إلى المسامحة كما ذكرنا . وقال صاحب العناية : فإن منع الإطلاق لوقوعه في سياق صلح الزوجين في قوله تعالى - فلا جناح عليهما أن يصالحا بينهما صلحا والصلح خير - فكان للعهد . أوجب بأن الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب . وبأنه ذكر للتعليل : أي لا جناح عليهما أن يصالحا لأن الصلح خير فكان عاما . ولأنه وقع قوله تعالى - أن يصالحا في سياق الشرط فكان مستقبلا ، وقوله تعالى - والصلح خير - كان في الحال فلم يكن إياه بل جنسه انتهى . أقول : إن الجواب الأول والثالث من هذه الأجوبة الثلاثة ليسا بتامين . أما الأول فلأن كون الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب لا يجدي شيئا في دفع السؤال المذكور ، لأن حاصله منع عموم اللفظ بحمل اللام في قوله تعالى - والصلح خير - على العهد . فإنه حينئذ يصير خاصا ، وإنما يجدي نفعاً لو سلم عموم اللفظ في نفسه وأريد تخصيصه بخصوص السبب . وأما الثالث فلأنه إن أراد بقوله - والصلح خير - كان في الحال أن التكلم بهذا الكلام والإخبار بهذا الخبر كان في الحال : أي في حال ورود الآية الكريمة فسلم . لكن هذا لا ينافي أن يكون تحقق مدلوله في الاستقبال ؛ ألا يرى أنك إذا قلت الأمر الذي يحدث غدا خير فلا شك أن تكلمك بهذا الكلام وإخبارك به كائن في الحال . وأما تحقق ذلك الأمر واتصافه بالخيرية فيكون في المستقبل فلم يتم قوله فلم يكن إياه بل جنسه ، وإن أراد بذلك أن الصلح الذي أخبر بأنه خير كان في الحال فهو ممنوع . فالصواب من بين تلك الأجوبة هو الجواب الثاني وهو المذكور في الكافي وفي سائر الشروح أخذنا من الأسرار . ووجه كون الصلح عاما في قوله تعالى - والصلح خير - على تقدير أنه ذكر للتعليل هو أن العلة لا تنقيد بمحل الحكم الذي علل فيه ، بل أينما وجدت العلة يتبعها حكمها ، كذا قالوا ، وهو التقرير المناسب لقواعد الأصول . وأما التقرير المطابق لقواعد المعقول فلأنه يكون حينئذ خارجا مخرج الكبرى من الشكل الأول كأنه قيل : فإن هذا صلح والصلح خير ، وكلية الكبرى شرط لإنتاج الشكل الأول على ما عرف في الميزان . واعترض بعض الفضلاء على هذا الجواب أيضا حيث قال : فيه بحث ، لأنه لو كان تعليلا لأبدل الفاء بالواو انتهى . أقول : ليس هذا بشيء ، لأن ذاك الإبدال إنما يلزم لو كان تعليلا من حيث اللفظ وليس كذلك ، بل هو تعليل من حيث المعنى ، وعن هذا قالوا : إن الله تعالى أخرجه مخرج التعليل لما سبق ذكره كأنه قال صالحو لأن الصلح خير . وقال في غاية البيان وهو المفهوم من لسان العرب كما يقال : صلّ والصلاة خير ، على أن قوله تعالى - والصلح خير - بمنزلة الكبرى من الدليل والصغرى مطوية كما أشرنا إليه فيما مر ، وأداة التعليل كاللام والفاء إذا ذكرت إنما تدخل على أول الدليل وهو الصغرى دون الكبرى فلا يلزم الإبدال هاهنا أصلا تدبر . ثم قال صاحب العناية : فإن قيل : سلمناه معنى الإطلاق في قوله تعالى - والصلح خير - ولكن صرفه إلى الكل متعذر لأن الصلح بعد التمين و صلح المودع و صلح من ادعى قذفا على آخر و صلح من ادعى على امرأة نكاحا فأنكرت لا يجوز فيصرف إلى الأدنى وهو الصلح عن إقرار . أوجب بأن ترك العمل بالإطلاق في بعض المواضع لمانع لا يستلزم تركه عند عدمه انتهى . أقول : يرد على ظاهر قوله و صلح من ادعى على امرأة نكاحا فأنكرت لا يجوز أنه خبط إذ هو مخالف لصريح ما ذكر في عامة الكتب حتى الهداية والبداية فيها سيأتي وهو أنه إذا ادعى رجل على امرأة نكاحا وهي تجحد فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى جاز فكأنه في معنى الخلع . ثم أقول : توجيهه أن لعدم الجواز رواية في هذه المسئلة وإن كان ظاهر الرواية بخلافها ، والسؤال المزبور مما أوردته الشافعية فهم أخذوا في هذه المسئلة وأخواتها بما هو المألوم لغرضهم . والخفية أجابوا عنه تارة بمنع عدم الجواز في تلك المسائل وأخرى بأن ترك العمل بالإطلاق في بعض المواضع لمانع لا يستلزم تركه عند عدمه ، فصاحب العناية : اكتفى بالثاني ولم يتعرض للمنع ، وأما صاحب غاية البيان فتعرض لهما معا حتى قال في الجواب هاهنا : على أننا نمنع عدم جواز

عليه وسلم « كل صلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحلّ حراما أو حرّم حلالا »

- ٤٠٧ -

وقال الشافعي : لا يجوز مع إنكار أو سكوت لما رويناه ، وهذا به هذه الصفة لأن البذل كان حلالا على الدافع حراما على الآخذ فينقلب الأمر : ولأن المدعى عليه يدفع المال لقطع الخصومة وهذا رشوة . ولنا ما تلونا وأول ما رويناه وتأويل آخره أحل حراما لعينه كالخمر أو حرم حلالا لعينه كالصلح على أن لا يبطأ الضرة :

الصلح في دعوى النكاح عليها إذا أنكرته فصاحت على مال لأنه يجوز . وبه صرح القدوري في مختصره . وسيجيء ذلك في فصل عقيب هذا انتهى . وقال في ذلك الفصل : وهذا الذي ذكره القدوري هو ظاهر الجواب يدل على ذلك ما ذكره في مختصر الكافي وشرحه كذلك . فعلى هذا لا يريد علينا سؤال الشافعية في مسألة الصلح على الإنكار بقولهم إذا ادعى على امرأة نكاحا فأنكرت فصاحت على مال لا يجوز ، ولئن صححت تلك المسئلة كما أوردوها في نسخ طريقة الخلاف . فالجواب عنه ما مر في تلك المسئلة انتهى (قوله وقال الشافعي : لا يجوز مع إنكار أو سكوت لما رويناه الخ) قلت : كان الأظهر أن يقال لآخر ما رويناه لأن أوله حجة عليه لا له (قوله ولنا ما تلونا وأول ما رويناه الخ) كرر ذكرهما تأكيدا وتوطئة لقوله وتأويل آخره الخ ، وإلا لكفى هاهنا بيان هذا التأويل مع بيان أن دفع الرشوة لدفع الظلم جائز في الشرع لأنه بصدد الجواب عما قاله الشافعي والجواب عنه يتم ببيانها . أقول : بقي هاهنا إشكال في قوله وأول ما رويناه ، وهو أن المفهوم منه أن يكون أول ذلك الحديث دليلا لنا مع قطع النظر عن آخره ، وهذا ليس بصحيح لأن آخره مستثنى من أوله . وقد تقرر في علم أصول الفقه أن المذهب الصحيح المختار عند الأئمة الحنفية في الاستثناء أن يتأخر حكم صدر الكلام عن إخراج المستثنى من المستثنى منه ، فلا يكون لأول الكلام في صورة الاستثناء حكم مستقل بدون آخره ، بل لا يتم المعنى إلا بمجموع المستثنى والمستثنى منه . ويمكن أن يوجه بأن قوله وتأويل آخره أحل حراما لعينه الخ متصل من حيث المعنى بقوله وأول ما رويناه . فحاصل الكلام أن لنا أول ما رويناه مع تأويل آخره ، فالدليل بمجموع الحديث بملاحظة هذا التأويل ، ولكن الإنصاف أن لفظة أول هاهنا مع كونها زائدة لا فائدة لها موهمة لما يجمل بالكلام ويضر بالمقام كما نبهنا عليه ، فالأولى أن تطرح من البين (قوله وتأويل آخره أحل حراما لعينه كالخمر أو حرم حلالا لعينه كالصلح على أن لا يبطأ الضرة) وحمله على هذا أحق ، لأن الحرام المطلق ما هو حرام لعينه ، والحلال

وقال الشافعي (لا يجوز مع إنكار أو سكوت) لأنه صلح أحل حراما أو حرم حلالا وذلك حرام غير مشروع بالحديث المروي (ولأن المدعى عليه يدفع المال لدفع الخصومة وهذه رشوة) وهي حرام (ولنا ما تلونا) من قوله تعالى - والصلح خير - (وأول ما رويناه) من الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم « كل صلح جائز بين المسلمين » (وتأويل آخره أحل حراما لعينه كالخمر أو حرم حلالا لعينه كالصلح على أن لا يبطأ الضرة) أو أن لا يتسرى والحمل على ذلك واجب ، لئلا يبطأ العمل به أصلا وذلك لأنه لو حمل على الصلح على الإقرار خاصة لكان كالصلح على غيره لأن الصلح في العادة لا يكون إلا على بعض الحق فما زاد على المأخوذ إلى تمام الحق كان حلالا للمدعى قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراما على المدعى عليه منعه قبله وحل بعده فعرفنا أن المراد به ما كان حلالا

(قوله ولنا ما تلونا من قوله تعالى - والصلح خير - وأول ما رويناه) أقول : هاهنا تكرار ، وكان الأول أن لا يذكر ذلك الدليلين فيما تقدم حتى لا يلزم ذلك (قال المصنف : وتأويل آخره أحل حراما لعينه كالخمر أو حرم حلالا لعينه كالصلح الخ) أقول : وحمله على هذا أسبق لأن الحرام المطلق ما هو حرام لعينه ، والحلال المطلق ما هو حلال لعينه ، كذا في الكافي ، ثم قال : وما ذكره غير محتمل ، إذ الصلح مع الإقرار لا يخلو عن ذلك ، فالصلح يقع على بعض الحق في العادة فما زاد على المأخوذ إلى تمام الحق كان حلالا للمدعى أخذه قبل الصلح وحرم بالصلح ، أو كان حراما على المدعى عليه منعه قبل الصلح وقد حل بالصلح انتهى (قوله لأنه لو حمل على الصلح على الإقرار خاصة لكان كالصلح على غيره) أقول : يبقى لكان كالصلح على غير الإقرار في البطان على زعم الخصم (قوله لأن الصلح في العادة لا يكون إلا على بعض الحق) أقول : هذا يختص بالدين لظهور عدم جريانه في العين فلا يلزم بطلان العمل به ، إذ لا يجوز الصلح على بعض الحق في العين إلا بالإبراء

ولأن هذا صلح بعد دعوى صحيحة فيبقى بجوازه لأن المدعى يأخذه عوضاً عن حقه في زعمه وهذا مشروع ، والمدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه وهذا مشروع أيضاً إذ المال وقاية الأنفس ودفع الرشوة لدفع الظلم أمر جائز .

المطلق ما هو حلال لعينه ، وما ذكره غير محتمل إذ الصلح مع الإقرار لا يخلو عن ذلك . فإن الصلح يقع على بعض الحق في العادة فما زاد على المأخوذ إلى تمام الحق كان حلالاً للمدعى أخذه قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراماً على المدعى عليه منه قبل الصلح وقد حل بالصلح ، كذا في الكافي . وقال صاحب العناية في شرح هذا المحل : والحمل على ذلك واجب لثلا يبطل العمل به أصلاً ، وذلك لأنه لو حل على الصلح على الإقرار خاصة لكان كالصلح على غيره . لأن الصلح في العادة لا يكون إلا على بعض الحق ، فما زاد على المأخوذ إلى تمام الحق كان حلالاً للمدعى أخذه قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراماً على المدعى عليه منه قبله وحل بعده . فعرفنا أن المراد به ما كان حلالاً أو حراماً لعينه انتهى . أقول : في تقريره خلل . إذ لا معنى لقوله لأنه لو حل على الإقرار خاصة لكان كالصلح على غيره . لأن الكلام في حمل آخر الحديث على الحرام لعينه والحلال لعينه خاصة لا في حله على الصلح على الإقرار خاصة . إذ لا فرق بين الصالح على الإقرار والصلح على غيره في الصحة على تقدير أن يحمل آخر الحديث على الحرام لعينه والحلال لعينه خاصة ، ولا فرق بينهما في عدم الصحة على تقدير أن يحمل آخره على ما يعم الحرام لعينه والحلال لعينه أيضاً . فدار التأويل والحمل في آخر الحديث إنما هو لفظ الحرام والحلال وإطلاقه دون لفظ الصلح . فالحق في التقرير أن يقال : لأنه لو حل على ما يعم الحرام والحلال لعينه ولغير عينهما لكان الصلح على الإقرار كالصلح على غيره في الاشتغال على إحلال الحرام وتحريم الحلال . ثم إن بعض الفضلاء أورد على قوله لأن الصلح في العادة لا يكون إلا على بعض الحق بأن قال : هذا يختص بالدين لظهور عدم جريانه في العين فلا يلزم بطلان العمل به ، إذ لا يجوز الصلح على بعض الحق في العين إلا بالإبراء عن دعوى الباقي كما سيحكي انتهى . أقول : هذا كلام خال عن التحصيل ، إذ لا يلزم من عدم جواز الصلح على بعض الحق في العين إلا بالإبراء عن دعوى الباقي عدم جوازه على بعض الحق في العين أصلاً ، غاية الأمر أن يكون جواز الصلح على بعض الحق في العين مشروطاً بالإبراء عن دعوى الباقي ، على أنه ليس كذلك أيضاً ، إذ لجواز الصلح على بعض الحق في العين طريق آخر وهو أن يزيد درهماً في بدل الصلح ، وسيأتي كلا الطريقتين في الكتاب ، وعلى كليهما يجري قوله لأن الصلح في العادة لا يكون إلا على بعض الحق في العين أيضاً (قوله ولأن هذا صلح بعد دعوى صحيحة فيبقى بجوازه . إلى قوله : ودفع الرشوة لدفع الظلم أمر جائز) هذا دليل عقلي على ما ذهب إليه أئمتنا من جواز الصلح مع إنكار أو سكوت أيضاً متضمن للجواب عن دليل عقلي للشافعي المذكور فيما قبل ، وهو قوله ولأن المدعى عليه يدفع

أو حراماً لعينه (ولأن هذا صلح بعد دعوى صحيحة) فكان كالصلح مع الإقرار (فيبقى بجوازه) لوجود المقتضى وانتفاء المانع . لأن المانع إما أن يكون من جهة الدافع أو من جهة الآخذ وليس شيء منهما بموجود . أما الثاني (فلأن المدعى يأخذه في زعمه عوضاً عن حقه وذلك مشروع ، وأما الأول فلأن المدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه . وهذا أيضاً مشروع إذ المال وقاية الأنفس ودفع الظلم عن نفسه بالرشوة أمر جائز) لا يقال : لأن سلم الجواز لقوله صلى الله عليه وسلم « لعن الله الراشي والمرتشى » وهو عام لأنه محمول على ما إذا كان على صاحب الحق ضرر محض في أمر غير مشروع ، كما إذا دفع الرشوة حتى أخرج الوالي أحد الورثة عن الإرث . وأما دفع الرشوة لدفع الضرر عن نفسه فجائز للدافع ، وتماه في أحكام القرآن للرازي . فإن قيل : فعلى هذا إذا ادعى على آخر ألف درهم وهو منكروا وتصالحا على دنائير مسماة ثم افترقا قبل القبض

عن دعوى الباقي كما سيحكي . (قوله لأنه محمول على ما إذا كان على صاحب الحق الخ) أقول : فيه أن المعتبر هو عموم اللفظ ، وما الدليل على أنه محمول على ما ذكره غير مجرى على عمومه .

قال (فإن وقع الصلح عن إقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات إن وقع عن مال بطل) لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال في حق المتعاقدين بتراضيهما (فنجرى فيه الشفعة إذا كان عقارا ، ويرد بالعب ، ويثبت فيه خيار الرؤية والشرط ، ويفسده جهالة البذل) لأنها هي المفضية إلى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لأنه يسقط ويشترط القدرة على تسليم البذل (وإن وقع عن مال بمنافع يعتبر بالإجازات) لوجود معنى الإجارة وهو تملك المنافع بمال والاعتبار في العقود لمعانيها

المال لقطع الخصومة ، وهذا رشوة . قال الشراح : لا يقال لانسلم جواز دفع الرشوة لدفع الظلم ، لأن قول النبي صلى الله عليه وسلم « لعن الله الراشي والمرتشى » عام . لأننا نقول : هذا الحديث محمول على ما إذا كان على صاحب الحق ضرر محض في أمر غير مشروع ، كما إذا دفع الرشوة حتى أخرج الوالي أحد الورثة عن الإرث ، وأما إذا دفع الرشوة لدفع الضرر عن نفسه فجائز للدافع انتهى . واعترض بعض الفضلاء على الجواب حيث قال فيه : إن المعتبر هو عموم اللفظ وما الدليل على أنه محمول على ما ذكر غير مجرى على عمومها انتهى . أقول : الدليل عليه ما ورد من النصوص في أن الضرورات تبيح المحظورات ، منها قوله تعالى - وما جعل عليكم في الدين من حرج - ولا شك أن في دفع الضرر عن نفسه دفع الحرج (قوله فإن وقع الصلح عن إقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات إن وقع عن مال بمال الخ) هذا لفظ القدروري في مختصره : ولما كان الأصل أن الصلح يجب حمله على أقرب العقود إليه كما صرحوا به أراد أن يبين ضابطة يعرف بها أنه على أي عقد يحمل . أقول : ليست هذه الضابطة بتامة ، لأن الصلح عن إقرار قد يقع عن منافع بمال أو بمنفعة كما إذا أوصى لرجل بسكنى داره سنة فوات وادعى الموصى له السكنى فصالحه الورثة عن ذلك على دراهم معينة أو على خدمة عبد شهرا أو على ركوب دابة شهرا ، فإن كل ذلك جائز على ما صرحوا به في أول الفصل الآتي مع أنه لم يذكر في هذه الضابطة وإن كان في معنى عقد الإجارة ، وكذا يقع عما ليس بمال ولا منفعة كالصلح عن جنابة العمد فإنه جائز وهو بمنزلة النكاح ، حتى أن ما صلح مسمى فيه صلح هاهنا أيضا كما سيأتي في الكتاب ، مع أنه ليس بمذكور أيضا في هاتيك الضابطة ، وليس في معنى عقد البيع ولا في معنى عقد الإجارة بل هو

ينبغي أن يجوز لأن هذا الصلح في زعم المدعى عليه لدفع الخصومة عن نفسه لا للمعاوضة ، ومع هذا لا يجوز . أجيب بأن عدم الجواز بناء على زعم المدعى ، إذ في زعمه أنه صرف لأنه صالحه عن الدراهم على الدنانير والقبض شرط فيه في المجلس . قال (فإن وقع الصلح عن إقرار الخ) إذا وقع الصلح عن إقرار وكان عن مال على مال اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال بتراضيهما في حق المتعاقدين فتجرى فيه الشفعة في العقار ويرد بالعب ويثبت فيه خيار الشرط والرؤية ، ويفسده جهالة المصالح عليه لأنها تفضي إلى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لأنه يسقط ، وهذا ليس على إطلاقه بل فيه تفصيل احتجنا إلى ذكره . وهو أن الصلح باعتبار بدليه على أربعة أوجه : إما أن يكون معلوم على معلوم ، وهو جائز لا محالة . وإما أن يكون عن مجهول على مجهول . فإن لم يحتج فيه إلى التسليم والتسليم مثل أن يدعى حقا في دار رجل وادعى المدعى عليه حقا في أرض بيد المدعى واصطلحا على ترك الدعوى جاز . وإن احتج إليه وقد اصطلحا على أن يدفع أحدهما مالا ولم يبينه على أن يترك الآخر دعواه أو على أن يسلم إليه ما ادعاه لم يجز . وإما أن يكون عن مجهول على معلوم وقد احتج فيه إلى التسليم ، كما لو ادعى حقا في دار في يد رجل ولم يسمه فاصطلحا على أن يعطيه المدعى مالا معلوما ليسلم المدعى عليه إلى المدعى ما ادعاه وهو لا يجوز ، وإن لم يحتج فيه إلى التسليم كما إذا اصطلحا في هذه الصورة على أن يترك المدعى دعواه جاز . وإما أن يكون عن معلوم على مجهول وقد احتج فيه إلى التسليم لا يجوز ، وإن لم يحتج إليه جاز . والأصل في ذلك كاه أن الجهالة المفضية إلى المنازعة المسانعة عن التسليم والتسليم هي المفسدة ، فلا يجب فيه التسليم والتسليم جاز ، وما وجبا فيه لم يجز مع الجهالة لأن القدرة على تسليم البذل شرط لكونه في معنى البيع (وإن كان عن مال بمنافع يعتبر بالإجازات لوجود معنى الإجارة وهو تملك المنافع بمال) وكل منفعة يجوز استحقاقها بعقد الإجارة يجوز استحقاقها بعقد الصلح . فإذا صالح على سكنى بيت بعينه إلى مدة معلومة جاز .

فيشترط التوقيت فيها ويبطل ، الصلح بموت أحدهما في المدة لأنه إجارة (والصلح عن السكوت والإنكار في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعى بمعنى المعاوضة) لما بينا (ويجوز أن يختلف حكم العقد في حقهما كما يختلف حكم الإقالة في حق المتعاقدين وغيرهما) وهذا في الإنكار ظاهر ، وكذا في السكوت لأنه يحتمل الإقرار والحدود فلا يثبت كونه عوضا في حقه بالشك . قال (وإذا صالح عن دار لم يجب فيها الشفعة) معناه إذا كان عن إنكار أو سكوت لأنه يأخذها على أصل حقه ويدفع المال دفعا لخصومة المدعى وزعم المدعى لا يلزمه ، بخلاف ما إذا صالح على دار حيث يجب فيها الشفعة لأن المدعى يأخذها عوضا عن المال فكان معاوضة في حقه فتلزمه الشفعة بإقراره وإن كان المدعى عليه يكذبه . قال (وإذا كان الصلح عن إقرار واستحق بعض المصالح عنه رجع المدعى عليه بحصة ذلك من العوض) لأنه معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق في البيع هذا (وإن وقع الصلح عن سكوت أو إنكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعى بالخصومة وردّ العوض) لأن المدعى عليه ما بذل العوض إلا ليدفع خصومته عن نفسه ، فإذا ظهر الاستحقاق تبين أن لاختصاصه له فيبقى العوض في يده غير مشتمل على غرضه فيسترده ،

في معنى عقد النكاح فلم يفهم من الضابطة المذكورة قط ، وكذا يقع الصلح عن دعوى الرق بمال فيكون في معنى الإعتاق على مال وعن دعوى الزوج النكاح بمال فيكون في معنى الخلع ، وليس شيء منهما بداخل أيضا في الضابطة المذكورة ولا مفهوم منها أصلا فكانت قاصرة عن إفادة تمام المراد . لا يقال : يستغنى عن ذكر تلك الصور هاهنا بما ذكر في الفصل الآتي عن قريب . لأننا نقول : قد ذكرنا ما ذكره هاهنا أيضا بأن قال : والصلح جائز عن دعوى الأموال والمنافع فلا يتم العذر . ثم إن كون الصلح عن إقرار في معنى البيع إذا وقع عن مال بمال إنما هو فيما إذا وقع على خلاف جنس المدعى ، وأما فيما إذا وقع على نفسه فإن كان بأقل من المدعى فهو حط وإبراء ، وإن كان بمثله فهو قبض واستيفاء ، وإن كان بأكثر منه فهو فضل وربا ، صرح به في التبيين وغيره (قوله والصلح عن السكوت والإنكار في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعى بمعنى المعاوضة لما بينا الخ) أشار به إلى ما ذكره بقوله لأن المدعى يأخذها عوضا عن حقه في زعمه . أقول : هاهنا كلام

وإن قال أبدا أو حتى يموت لا يجوز ، فإن الاعتبار في العقود للمعاني كالمدة بشرط العوض فإنها بيع معنى ، والكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة ، والحوالة بشرط مطالبة الأصيل كفالة (فيشترط التوقيت فيها ويبطل الصلح بموت أحدهما في المدة) كالإجارة (وإذا وقع الصلح عن السكوت والإنكار كان في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة ، وفي حق المدعى بمعنى المعاوضة لما بينا) أن المدعى يأخذها عوضا في زعمه ، فإن قيل : العقد لما اتصف بصفة كيف يتصف بأخرى تقابلها ؟ أجاب بقوله (ويجوز أن يختلف حكم العقد في حقهما كما يختلف حكم الإقالة) فإنها فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق ثالث ، وكعقد النكاح فإن حكمه الحل في حق امرأته والتحريم المؤبد في حق أمها (وهذا) أي كونه لافتداء اليمين أو قطع الخصومة (في الإنكار ظاهر ، وأما في السكوت فلأنه يحتمل الإقرار والحدود فلا يثبت كونه عوضا في حقه بالشك) مع أن حمله على الإنكار أولى ، لأن فيه دعوى تفريغ الذمة وهو الأصل . قال (وإذا صالح عن دار الخ) إذا صالح عن دار هن إنكار أو سكوت لا يجب فيها الشفعة لأنه يأخذها : أي المدعى عليه ليستبقى الدار على ملكه لا أنه يشتريها ويدفع المال لدفع الخصومة على زعمه ، والمرء يؤخذ بما في زعمه ولا يلزمه زعم غيره (بخلاف ما إذا كان على دار) لأن المدعى يأخذها عوضا عن المال فكان معاوضة في حقه فتلزمه الشفعة بإقراره وإن كان المدعى عليه يكذبه ، فصار كأنه قال اشتريتها من المدعى وهو ينكر (وإذا صالح عن إقرار واستحق بعض المصالح عنه رجع المدعى عليه) على المدعى (بحصة المستحق من العوض)

(قوله لأنه يأخذها ، إلى قوله : ويدفع المال) أقول : قوله ويدفع نمطوف على قوله يأخذها ،

وإن استحق بعض ذلك ردّ حصته ورجع بالخصومة فيه لأنه خلا العوض في هذا القدر عن الغرض . ولو استحق المصالح عليه غن إقرار رجوع بكل المصالح عنه لأنه مبادلة ، وإن استحق بعضه رجوع بحصته . وإن كان الصلح عن إنكار أو سكوت رجوع إلى الدعوى في كله أو بقدر المستحق إذا استحق بعضه لأن المبدل فيه هو الدعوى ، وهذا بخلاف ما إذا باع منه على الإنكار شيئا حيث يرجع بالمدعى لأن الإقدام على البيع إقرار منه بالحق له ، ولا كذلك الصلح لأنه قد يقع لدفع الخصومة ، ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم فالجواب فيه كالجواب في الاستحقاق في الفصلين . قال (وإن ادّعى حقا في دار ولم يبينه فصولح من ذلك ثم استحق بعض الدار لم يرد شيئا من العوض لأن دعواه يجوز أن يكون فيما بقى) بخلاف ما إذا استحق كله لأنه يعرى العوض عند ذلك عن شيء يقابله فيرجع بكليه على ما قدمناه في البيوع . ولو ادّعى دارا فصالحه على

وهو أن كون الصلح عن السكوت والإنكار في حق المدعى مطلقا بمعنى المعاوضة ممنوع ، فإنه إذا ادّعى عينا وأنكر المدعى عليه أو سكت ودفع المدعى إلى المدعى عليه شيئا بطريق الصلح وأخذ العين كان ذلك الصلح جائزا على ما صرحوا به مع أنه في حق المدعى ليس بمعنى المعاوضة . لأن في زعم المدعى أن العين الذي ادّعاه حقه ، ولا يتصور أن يعاوض إنسان ملك نفسه بل هو

لأنه لكونه عن إقرار معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق في البيع ذلك ، وإذا صالح عن سكوت أو إنكار فاستحق المتنازع فيه رجوع المدعى بالخصومة على المستحق لقيامه مقام المدعى عليه وردّ العوض ، لأن المدعى عليه ما بذل العوض إلا لدفع الخصومة عن نفسه ، فإذا ظهر الاستحقاق ظهر أن لخصومة له فيبقى في يد غيره مشتمل على غرض المدعى عليه فيسترده ، كالمكفول عنه إذا دفع المال إلى الكفيل على غرض دفعه إلى رب الدين ثم أدّى الدين بنفسه قبل أداء الكفيل فإنه يسترده لعدم اشتماله على غرضه . ونوقض بما إذا ادّعى دارا وأنكر المدعى عليه ودفع المدعى إلى ذي اليد شيئا بطريق الصلح وأخذ الدار ثم استحققت فإنه لا يرجع على المدعى عليه بما دفع مع أنه بظهور الاستحقاق تبين أن المال في يده غير مشتمل على غرض الدافع وهو قطع الخصومة . وأجيب بأن المدعى عليه مضطر في دفع ما دفع لقطع الخصومة ، فإذا استحققت زالت الضرورة الموجبة لذلك لانتفاء الخصومة فيرجع ، وأما المدعى فهو في خيرة في دعواه وكان ذلك الدفع باختياره ولم يظهر عدم الاختيار بظهور الاستحقاق فلا يسترده ، وإن استحق بعض المصالح عنه ردّ المدعى حصّة المستحق ورجع بالخصومة على المستحق فيه : أي في أصل الدعوى ، أما رجوعه عليه فلا لأنه قام مقام المدعى عليه في كون البعض المستحق في يده ، وأما ردّ الحصّة فلخلوّ العوض في هذا القدر عن غرض المدعى عليه (ولو استحق المصالح عليه في الصلح عن إقرار رجوع بكل المصالح عنه) لأنه إنما ترك الدعوى ليسلم له بدل الصلح ولم يسلم فيرجع بمبدله كما في البيع (وإن استحق بعضه رجوع بحصته) اعتبارا للبعض بالكل (وإن كان الصلح عن إنكار أو سكوت رجوع إلى الدعوى في كله أو بعضه بحسب الاستحقاق لأن المبدل فيه هو الدعوى) هذا إذا لم يمر لفظ البيع في الصلح ، أما إذا كان أجرى كما إذا ادّعى دارا وأنكر المدعى عليه ثم صالح عن هذه الدعوى على عبد وقال بعثك هذا العبد بهذه الدار ثم استحققت هذه الدار فإن المدعى يرجع على المدعى عليه بما ادّعى لا بالدعوى ، لأن إقدام المدعى عليه على البيع إقرار منه بالحق للمدعى ، إذ الإنسان لا يشتري ملك نفسه فكان حكمه حكم البيع ، ولا كذلك الصلح لأنه قد يقع لدفع الخصومة (ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم) إلى المدعى (فالجواب فيه كالجواب في الاستحقاق في الفصلين) أي فصل الإقرار والإنكار ، فإن كان عن إقرار رجوع بعد الهلاك إلى المدعى ، وإن كان عن إنكار رجوع بالدعوى . قال (وإن ادّعى حقا في دار الخ) هذه المسئلة قد تقدمت في باب الاستحقاق من كتاب البيوع فلا نعيدها (ولو ادّعى دارا فصالحه على

(قوله فيبقى في يده غير مشتمل على غرض المدعى عليه) أقول : يبقى العوض في يد المدعى (قوله فلا يسترده) أقول : أي بحسب الاستحقاق (قوله ثم استحققت فإن المدعى يرجع) أقول : صوابه ثم استحق إذ الضمير المستتر فيه راجع إلى العبد .

قطعة منها لم يصح الصلح لأن ما قبضه من عين حقه وهو على دعواه في الباقي . والوجه فيه أحد أمرين : إما أن يزيد درهما في بدل الصلح فيصير ذلك عوضا عن حقه فيما بقي ، أو يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي .

في حق المدعى في تلك الصورة لقطع الخصومة كما صرحوا به أيضا (قوله أو يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي) قال صاحب النهاية : فإن قلت : كيف صورة البراءة ؟ قلت : هي أن يقول قد برئت من هذه الدار أو يقول قد برئت من دعوى في هذه الدار فهذا جائز ، حتى لو ادعى بعد ذلك وجاء ببينة لاتقبل . أما لو قال أبرأتك عن هذه الدار أو قال قد أبرأتك عن خصومتى في هذه الدار فهذا وأمثاله باطل . وله أن يخاصم فيها بعد ذلك . وفرق بين قوله برئت وبين قوله أبرأتك ، فإن في قوله أبرأتك إنما أبرأه من ضمانه لامن الدعوى ، وعن هذا قالوا إن عبدا في يد رجل لو قال له رجل برئت منه كان بريئا منه ، ولو قال أبرأتك منه كان له أن يدعيه ، وإنما أبرأه من ضمانه . كذا في الذخيرة إلى هاهنا كلامه . أقول : فيه نظر ، أما أولا فلأن بيان صورة البراءة بقوله برئت من هذه الدار مع كونه غير مطابق للمشروح وهو قول المصنف ، أو يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي يدل على صحة البراءة من العين . وليس كذلك لأن مدار عدم صحة الصلح عن بعض المدعى في العين بدون الحيلة في تصحيحه بأحد الأمرين إنما هو عدم صحة البراءة من العين ، وإلا لصح الصلح على ذلك بأن كان استيفاء لبعض الحق وإسقاطا لبعضه الباقي كما في الصلح على بعض المدعى في الدين ، فالصورة الصحيحة المطابقة للمشروح إنما هو قوله برئت من دعوى في هذه الدار . وأما ثانيا فلأن قوله فإن في قوله أبرأتك إنما أبرأه من ضمانه لامن الدعوى إنما يتمشى في قوله أبرأتك عن هذه الدار لا في قوله أبرأتك عن خصومتى لأن الإبراء من الخصومة هو الإبراء من الدعوى ، وقد صرح بأن قوله أبرأتك عن خصومتى في هذه الدار باطل أيضا بخلاف ما قالوا في عبد في يد رجل فإن المذكور هناك في جانب الإبراء إنما هو قول الآخر أبرأتك منه لا غير ، تبصر .

قطعة منها) كبيت من بيوتها بعينه لم يصح الصلح لأن ما قبضه بعض حقه وهو على دعواه في الباقي (وتقبل بينته لأنه استوفى بعض حقه) وأبرأ عن الباقي ، والإبراء عن العين باطل فكأن وجوده وعدمه سواء . وذكر شيخ الإسلام أنه لا تسمع دعواه ، وذكر صاحب النهاية أنه ظاهر الرواية . ووجهه أن الإبراء لاقي عينا ودعوى . والإبراء عن الدعوى صحيح ، فإن من قال لغيره أبرأتك عن دعوى هذا العين صح ، ولو اذعاه بعد ذلك لم يصح ولم تسمع . وقيد بقوله على قطعة منها لأن الصلح إذا وقع على بيت معلوم من دار أخرى صح لكونه حينئذ بيعا ، وكذلك لو كان على سكنى بيت معين من غيرها لكونه إجارة حتى يشترط كون المدة معلومة ، ولو أراد المدعى أن يدعي البقية لم يكن له ذلك لو صول كل حقه إليه باعتبار بدله عينا أو منفعة . قال المصنف (والوجه فيه) أى الحيلة في تصحيح الصلح إذا كان على قطعة منها (أحد أمرين أن يزيد درهما في بدل الصلح ليصير عوضا عن حقه فيما بقي أو يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي) مثل أن يقول برئت من دعوى في هذه الدار فإنه يصح لمصادفة البراءة الدعوى وهو صحيح ، حتى لو ادعى بعد ذلك وجاء ببينة لم تقبل . وفي ذكر لفظ البراءة دون الإبراء إشارة إلى أنه لو قال أبرأتك عن دعوى أو خصومتى في هذه الدار كان باطلا وله أن يخاصمه فيها بعد ذلك . والفرق بينهما أن أبرأتك إنما يكون إبراء من الضمان لامن الدعوى ، وقوله برئت براءة من الدعوى ، كذا قالوا ونقله صاحب النهاية عن الذخيرة . ونقل بعض الشارحين عن الواقعات في تعليل هذه المسئلة لأن قوله أبرأتك عن خصومتى في هذه الدار خطاب للواحد فله أن يخاصم غيره في ذلك ، بخلاف قوله برئت لأنه أضاف البراءة إلى نفسه مطلقا فيكون هو بريئا . ويعلم من هذا التعليل أن قول صاحب الذخيرة : وله أن يخاصم فيها بعد ذلك ، معناه على غير الخطاب وهو ظاهر ، والله أعلم .

(قوله ونقل بعض الشارحين عن الواقعات) أقول : الناقل هو الإتقافى عن الواقعات الحسامية .

(فصل)

(والصلح جائز عن دعوى الأموال) لأنه في معنى البيع على ما مر . قال (والمنافع لأنها تملك بعقد الإجارة فكذا بالصلح)

(فصل)

لما فرغ من مقدمات الصلح وشرائطه وأنواعه شرع في بيان ما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز (قوله والصلح جائز عن دعوى الأموال) هذا لفظ القدرى في مختصره . قال المصنف في تعليقه (لأنه في معنى البيع على ما مر أقول : ها هنا شيء وهو أن قول القدرى والصلح جائز عن دعوى الأموال مطلق يتناول الصلح عن مال بمال والصلح عن مال بمنفعة ، فإن أجرى على إطلاقه كما هو الظاهر لم يتم تعليل المصنف بقوله لأنه في معنى البيع على ما مر لظهور أن الصلح عن مال بمنفعة ليس في معنى البيع بل هو في معنى الإجارة كما صرح به فيما مر ، وإن قيد بما كان عن مال بمال كما فعله صاحب العناية لزم أن لا يندرج ما كان عن مال بمنفعة في هذا الفصل مع أنه معقود لبيان أنواع ما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز فكان تقصيرا من المقيّد بلا ضرورة . لا يقال : إنما ترك ذلك النوع في هذا الفصل بناء على كونه معلوما فيما مر . لأننا نقول : ينتقض ذلك بما كان عن مال بمال فإنه أيضا كان معلوما فيما مر (قوله والمنافع) بالجر عطف على الأموال وعن دعوى المنافع ، وهو من تمام لفظ القدرى . قال المصنف في تعليقه (لأنها تملك بعقد الإجارة فكذا بالصلح) أقول : لقائل أن يقول : يشكل هذا التعليل بما ذكره شيخ الإسلام علاء الدين الإسيباني

(فصل)

لما فرغ من ذكر مقدمات الصلح وشرائطه ومن ذكر أنواعه شرع في بيان ما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز . قال (والصلح جائز عن دعوى الأموال) الأصل في هذا الفصل أن الصلح يجب حمله على أقرب العقود إليه وأشبهها به احتيالا لتصحيح تصرف العاقل بقدر الإمكان ، فإذا كان عن مال بمال كان في معنى البيع كما مر . وإذا كان عن المنافع بمال كما إذا أوصى بسكنى داره ومات فادعى الموصى له السكنى فصالح الورثة عن شيء كان في معنى الإجارة ، لأن المنافع تملك بعقد

(فصل والصلح جائز)

(قال المصنف : والصلح جائز عن دعوى الأموال لأنه في معنى البيع) أقول : يعنى إذا لم يكن بالمنافع وإلا فهو بمنى الإجارة (قال المصنف : قال : والمنافع لأنها تملك بعقد الإجارة فكذا بالصلح) أقول : قال العلامة الإتقاني : قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسيباني في شرح الكافي : وإذا أوصى الرجل لرجل بخدمة عبده سنة وهو يخرج من ثلثه فصالحه الوارث من خدمته على دراهم أو على سكنى بيت أو على خدمة عبد آخر أو على ركوب دابة أو على لبس ثوب شهرا فهو جائز ، والقياس أن لا يجوز لأن الموصى له بمنزلة المستعير ، والمستعير لا يقدر على تملك المنفعة من أحد ببدل ، ولهذا لو أجر منهم لا يصح ، إلا أنا نقول بأن هذا ليس بتسليك إياهم ببدل بل هو إسقاط حقه الذي وجب له بعقد الوصية ببدل ، ولفظ الصلح لفظ محتمل التملك ويحتمل الإسقاط ، فإن لم يمكن تصحيحه تملكا أمكن تصحيحه إسقاطا فصالحناه إسقاطا ، وهو حق معتبر يوازى الملك فاحتمل التقويم بالشرط ، ولهذا جاز على خدمة عبد آخر ، فلو كان هذا تملكا لكان باطلا لأن بيع الخدمة بالخدمة لا يجوز ، وكذلك لو فعل ذلك وصى الوارث الصغير لأنه تصرف نافع في حقه فإن مات العبد الموصى بخدمته بعد ما قبض الموصى له ما صالحوه عليه فهو جائز لأنه عقد إسقاط وقد تم بالموت لأن حقه في منفعة مادام حيا وقد أسقط كل ذلك بالصلح فلم له التمس . قال العلامة النسفي في الكافي : والصلح جائز عن دعوى المنافع بأن ادعى في دار سكنى سنة ولحمية من رب الدار فصالحه أو أقر به فصالحه الوارث على شيء جاز لأنه جاز أخذ العوض عنها بالإجارة فكذا بالصلح انتهى . وأنت خير بما بين ما نقل من الإسيباني والكافي من المخالفة ، ولعل في جواز الإجارة روايتين فليتأمل . ثم اعلم أن ظاهر ما ذكره الإتقاني من قوله (أنا نقول بأن هذا ليس بتسليك إياهم ببدل بل هو إسقاط حقه الخ) يخالف لما ذكر في الهداية كما لا يخفى . وفي مبسوط الإمام شمس الأئمة السرخسي : ولو أن

في شرح الكافي للحاكم الشهيد في باب الصلح في الوصايا حيث قال : وإذا أوصى الرجل لرجل بخدمة عبده سنة وهو يخرج من ثلثه فصالحه الوارث من خدمته على دراهم أو على سكنى بيت أو على خدمة عبد آخر أو على ركوب دابة أو على لبس ثوب شهرا فهو جائز ، والقياس أن لا يجوز لأن الموصى له بمنزلة المستعير والمستعير لا يقدر على تملك المنفعة من أحد ببدل ، ولهذا لو أجرة منهم لا يصح ، إلا أنا نقول : لأن هذا ليس بتمليك إياهم ببدل ، بل هو إسقاط حقه الذي وجب له بعقد الوصية ببدل ، ولفظ الصلح تحتل التملك وتحتل الإسقاط . فإن لم يكن تصحيحه تملكاً أمكن تصحيحه إسقاطاً فصالحناه إسقاطاً وهو حق معتبر يوازى الملك فاحتمل التقويم بالشرط ، إلى هنا كلامه . فإن الموصى له إذا لم يقدر على تملك المنفعة الموصى بها من أحد لم يصح تعليل جواز الصلح عن تلك المنفعة بأن المنافع تملك بعقد الإجارة فكذا بالصلح . ثم أقول : يمكن أن يقال : إن الموصى له وإن لم يقدر على تملك المنفعة الموصى بها حقيقة إلا أنه يقدر على تملكها حكماً من حيث أنه يقدر على إسقاطها ببدل ، وقد أشار إليه الإمام الإسيبجاني بقوله : وهو حق معتبر يوازى الملك فاحتمل التقويم ، فعنى تعليل المصنف أن جنس المنافع يملك حقيقة بعقد الإجارة كما إذا أجرة ملكه ، فكذا يملك حكماً بالصلح كما إذا صالح عن المنفعة الموصى بها ، فعلى هذا يحصل التوفيق بين كلامي الشيوخين . قال الإمام النسفي في الكافي : الصلح جائز عن دعوى المنافع بأن ادعى في دار سكنى سنة وصية من رب الدار فجحدته أو أقر به فصالحه الوارث على شيء جاز ، لأنه جاز أخذ العوض عنها بالإجارة فكذا بالصلح انتهى . وقال بعض الفضلاء بعد نقل هذا : ونقل ما ذكره الإمام الإسيبجاني في شرح الكافي للحاكم الشهيد على ما مر ، وأنت خير بما بين ما نقل من الإسيبجاني والكافي من المخالفة : ولعل في جواز الإجارة روايتين فليتأمل انتهى . أقول : المخالفة بينهما في الفهم لا في المفهم ، لأن مراد صاحب الكافي هو أنه جاز أخذ العوض عن جنس المنافع بالإجارة كما إذا أجرة ملكه ، فكذا جاز أخذ العوض بالصلح كما إذا صالح عن المنفعة الموصى بها كسكنى دار سنة مثلاً ، وليس مراده أنه كما جاز أخذ العوض عن منفعة معينة . هي سكنى دار مثلاً وصية من رب الدار بالإجارة ، كذلك جاز أخذ العوض عن تلك المنفعة بالصلح عنها حتى تلزم المخالفة . ثم أقول : بقى هنا كلام ، وهو أن ما ذكره الإمام الإسيبجاني في شرح الكافي من أنه إذا أوصى الرجل لرجل بخدمة عبد سنة وهو يخرج من ثلثه فصالحه الوارث من خدمته على دراهم أو على سكنى بيت أو على خدمة عبد آخر أو على ركوب دابة أو على لبس ثوب شهرا فهو جائز ، وما ذكره صاحب النهاية نقلاً عن المغني من أنه إذا أوصى الرجل لرجل

الإجارة فكذا بالصلح ، وإذا صالح عن جناية العمد أو الخطأ صح . أما الأول فلقوله تعالى - فمن عني له من أخيه شيء - ووجه الاستدلال على أحد معنييه وهو قول ابن عباس رضي الله عنهما والحسن والضحاك : فمن أعطى له في سهولة من أخيه المقتول شيئاً من المال بطريق الصلح فاتباع : أي فلولي القتل اتباع المصالح ببدل الصلح بالمعروف : أي على مجاملة وحسن معاملة وأداء : أي وعلى المصالح أداء ذلك إلى ولي القتل بإحسان في الأداء ، وهذا ظاهر في الدلالة على جواز الصلح عن جناية القتل العمد . وأما المعنى الآخر وهو مروى عن ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم فمن عني عنه وهو القاتل من أخيه في الدين وهو المقتول شيء من القصاص بأن كان لاقتيل أو لبراء فعفا بعضهم فقد صار نصيب الباقيين مالا وهو الدية على قدر حصصهم من الميراث فاتباع المعروف : أي فليتبع الدين لم يعفوا القاتل بطلب حصصهم بالمعروف : أي بقدر حقوقهم من غير زيادة عليه وأداء إليه بإحسان : أي وليؤد القاتل إلى غير العافي حقه وأفيا غير ناقص فليس فيه دليل على المطلوب ظاهراً ، فلهذا قال ابن

الوارث اشترى منه الخدمه ببعض ما ذكرنا لم يجوز لأن الشراء لفظ خاص وضع لتمليك مال بمال ، والموصى له بالخدمه لا يملك تملك الخدمه بعوض من غير الوارث بطريق البيع والإجارة ، فكذلك لا يملك تملكه من الوارث ، بخلاف لفظ الصلح ؛ ألا يرى أن المدعى عليه بعد الإنكار لو صالح المدعى على شيء لم يصح به مقراً حتى إذا استحق عاد إلى رأس الدعوى ، ولو اشترى منه المدعى صار مقراً له بالملك حتى أو استحق البذل رجع بالمدعى انتهى (قوله فن أعطى له الخ) أقول : من حينئذ كناية عن الولي (قوله فن عني عنه) أقول : فيكون له بمعنى منه

والأصل فيه أن الصلح يجب حمله على أقرب العقود إليه وأشبهها به احتيالا لتصحيح تصرف العاقد ما أمكن قال (ويصح عن جناية العمد والخطي) أما الأول فلقوله تعالى - فن عني له من أخيه الشيء فاتباع - الآية . قال ابن عباس رضي الله عنهما : إنها نزلت في الصلح عن دم العمد وهو بمنزلة النكاح ، حتى أن ماصلح مسمى فيه صلح هاهنا إذ كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال إلا أن عند فساد التسمية هنا يصار إلى الدية لأنها وجب الدم . ولو صالح على خمر لا يجب شيء لأنه لا يجب بمطلق العفو .

بخدمة عبد سنة وهو يخرج من ثلث ماله فصالحه الوارث من الخدمة على دراهم جاز ، وكذلك لو صالحه على خدمة عبد آخر يجوز أيضا ، وكذلك لو صالحه على ركوب دابة شهرا وليس ثوب شهرا فهو جائز انتهى مخالف لما ذكر في كثير من الكتب المعبرة ، فإن مدلولهما جواز الصلح عن المنفعة وإن اتحد جنس المنفعتين من حيث جواز فيهما مصالحه الوارث عن خدمة عبد على خدمة عبد آخر ، والمصرح به في كثير من المعبرات عدم جواز الصلح عند اتحاد جنس المنفعة . قال في البدائع : فإن كان المنفعتان من جنسين مختلفين كما إذا صالح من سكنى دار على خدمة عبد يجوز بالإجماع ، وإن كانتا من جنس واحد لا يجوز عندنا ، وموضع المسئلة كتاب الإجازات ، وإذا اعتبر الصلح على المنافع إجارة يصح بما يصح به الإجازات ويفسد بما يفسد به انتهى . وقال في التبيين : إنما يجوز عن المنافع على المنفعة إذا كانتا مختلفتي الجنس ، وإن كانتا متفقتين بأن يصالح عن السكنى على السكنى أو عن الزراعة على الزراعة فلا يجوز ، لأنه لا يجوز استئجار المنفعة بجنسها فكذا الصلح . وعند اختلاف الجنس يجوز استئجارها بالمنفعة فكذا الصلح انتهى إلى غير ذلك من المعبرات فتدبر (قوله والأصل فيه أن الصلح يجب حمله على أقرب العقود إليه وأشبهها به احتيالا لتصحيح تصرف العاقل ما أمكن) أقول : لقائل أن يقول : قد يقع الصلح على مجرد ترك الدعوى من الجانيين ويجوز كما صرحوا به ، فيمكن حمل مثله على شيء من العقود غير ظاهر سيما إذا وقع على ترك دعوى جناية العمد من الجانيين فتأمل (قوله وهو بمنزلة النكاح حتى أن ماصلح مسمى فيه صلح هاهنا إذ كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال)

عباس إنها نزلت في الصلح (قوله وهو بمنزلة النكاح) إشارة إلى أقرب عقد يحمل عليه الصلح عن دم العمد فإنه في معنى النكاح من حيث أن كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال ، ومن حيث أن كل واحد منهما لا يحمل القسح بالراضى ، وإذا كان في معناه فما صلح أن يكون مسمى في النكاح صلح هاهنا ، فلو صالحه على سكنى دار أو خدمة عبد سنة جاز ، لأن المنفعة المعلومة صلحت صداقا ، فكذا بدلا في الصلح وإن صالح على ذلك أبدا لم يجوز لأنه لم يصلح صداقا لجهاته فكذا بدلا ، ولا يتوهم لزوم العكس فإنه غير لازم ولا هو ملزم ، ألا ترى أن الصلح عن القتل العمد على أقل من عشرة صحيح وإن لم يصلح صداقا ، وأنه إذا صالح على أن يعفو من عليه عن قصاص له على آخر جاز وإن لم يصلح العفو عن القصاص صداقا لأن كون الصداق مالا منصوص عليه بقوله تعالى - أن تبتغوا بأموالكم - وبدل الصلح في القصاص ليس كذلك فيكون العفو فيه متقوماً والقصاص متقوم حتى صلح المال عوضاً عنه فيجوز أن يقع عوضاً عن قصاص آخر ، وقوله إلا أن عند فساد التسمية استثناء من قوله إن ما صلح مسمى فيه صلح هاهنا بمعنى لكن : أى لكن إذا فسدت التسمية بجهالة فاحشة أو بتسمية مالمس بمال متقوم فرق بينهما ، فإن كان الأول كما إذا صالح على دابة أو ثوب غير معين يصار إلى الدية لأن الولي ما رضى بسقوط حقه فيصار إلى بدل ما سلم له من النفس وهو الدية في مال القاتل لأن بدل الصلح لا تتحملة العاقلة لوجوبه بعقده وإن كان الثاني كما لو صالح على خمر فإنه لا يجب عليه شيء لأنه لما لم يسم مالا متقوماً صار ذكره والسكوت عنه سجين ، ولو سكوت لبقى العفو

(قوله ولا يتوهم ، إلى قوله : وإن لم يصلح صداقا) أقول : لكن قال في المحيط : إذا صالحه على وصيف عن دم العمد فهو جائز ، والأصل في جنس هذه المسائل أن ماصلح مسمى في النكاح صلح بدلا في الصلح عن دم العمد وما لا فلا ، والوصيف يصلح مهرا في النكاح ويصرف مطلقه إلى الوسط ، فكذا يصلح بدلا في الصلح عن دم العمد ومطلقه يصرف إلى الوسط انتهى . والمقصود قوله وما لا فلا فليعامل ، فإن فيه

وفى النكاح يجب مهر المثل فى الفصلين لأنه الموجب الأصلى ، ويجب مع السكوت عنه حكما ، ويدخل فى إطلاق جواب الكتاب الجنائية فى النفس وما دونها ، وهذا بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال حيث لا يصح لأنه حق التملك ، ولا حق فى المحل قبل التملك . أما القصاص فلك المحل فى حق الفعل فيصح الاعتياض عنه . وإذا لم يصح الصلح تبطل الشفعة لأنها تبطل بالإعراض والسكوت والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة حتى لا يجب المال بالصلح عنه ، غير أن فى بطلان الكفالة روايتين على ما عرف فى موضعه .

قال الشراح فى شرح قوله إن ما صلح مسمى فيه صلح هاهنا . ولا ينعكس هذا : أى لا يقال كل ما يصلح بدلا فى الصلح يصلح مسمى فى النكاح . فإن هذا العكس غير لازم ولا ملتزم لأن الصلح عن دم العمد على أقل من عشرة دراهم صحيح وإن لم يصلح مادون العشرة صدقا ، ولأنه لو صلح من عليه القصاص على أن يعفو عن قصاص له على آخر جاز ، وإن لم يصلح العفو عن القصاص صدقا لأن كون الصداق مالا منصوب عليه بقوله تعالى - أن تبتغوا بأموالكم - وبدل الصلح فى القصاص ليس كذلك فيكتفى بكون العوض فيه منقوما والقصاص منقوم حتى صلح المال عوضا عنه فيجوز أن يقع عوضا عن قصاص آخر انتهى كلامهم . أقول : هنا إشكال وهو أنه إذا صح أن يكون بدل الصلح فى جنابة العمد ما ليس بمال كالعفو عن القصاص لزم أن لا يصح قول المصنف ، إذ كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال لأن الصلح عن جنابة العمد فى صورة أن صلح من صلح من عليه القصاص على العفو عن قصاص له على آخر ليس بمبادلة المال بغير المال بل هو هناك مبادلة غير المال بغير المال كما لا يخفى . وقال الشراح تفريعا على قول المصنف حتى أن ما صلح مسمى فيه صلح هاهنا ، فلو صلح عن دم العمد على سكنى دار أو خدمة عبد سنة جاز لأن المنفعة المعلومة صلحت صدقا فكذا بدلا فى الصلح ، ولو صلح على ذلك أبدا

مطلقا ، وفيه لا يجب شيء فكذا فى ذكر الخمر (وفى النكاح يجب مهر المثل فى الفصلين) أى فى فصل تسمية المال المجهول وفصل الخمر (لأنه الموجب الأصلى) فى النكاح (ويجب مع السكوت عنه حكما) قال الله تعالى - قد علمنا ما فرضا عنكم فى أزواجهم - وموضعه أصول الفقه . وتحقيقه أن المهر من ضرورات عقد النكاح فإنه ما شرع إلا بالمال ، فإذا لم يكن المسمى صالحا صار كما لم لو يسم مهرا ، ولو لم يسم مهرا وجب مهر المثل فكذا هاهنا . وأما الصلح فليس من ضروراته وجوب المال ، فإنه لو عفا بلا تسمية شيء لم يجب شيء ، وفيه نظر لأن العفو لا يسمى صلحا . والجواب أن الصلح على مالا يصلح بدلا عفو من له الحق فصح أن وجوبه ليس من ضروراته (ويدخل فى إطلاق جواب الكتاب) وهو قوله ويصح عن جنابة العمد (الجنابة فى النفس وما دونها وهذا) أى الصلح عن جنابة العمد بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال فإنه لا يصح لأن حق الشفعة حق أن يملك ، وذلك ليس بحق فى المحل قبل التملك فأخذ البذل أخذ مال فى مقابلة ما ليس بشيء ثابت فى المحل وذلك رشوة حرام . أما القصاص فإن ملك المحل فيه ثابت من حيث فعل القصاص فكان أخذ العوض عما هو ثابت له فى المحل فكان صحيحا (وإذا لم يصح الصلح بطل حق الشفعة لأنها تبطل بالإعراض والسكوت) وقيد بقوله حق الشفعة على مال احتراماً عن الصلح على أخذ بيت بعينه من الدار بضمن معين ، فإن الصلح مع الشفيع فيه جائز ، وعن الصلح على بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن فإنه لا يصح لأن حصته مجهولة لكن لا تبطل الشفعة لأنه لم يوجد منه الإعراض عن الأخذ بالشفعة بهذا الصلح (والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة) يعنى إذا كف عن نفس رجل فجاء المكفول وصالح الكفيل على شيء من المال على أن يأخذه المكفول له ويخرج الكفيل عن الكفالة لا يصح الصلح (ولا يجب المال ، غير أن فى بطلان الكفالة روايتين) فى رواية كتاب الشفعة والحوالة والكفالة تبطل وهى رواية أبى حفص ، وبه يفتى لأن السقوط لا يتوقف على العوض ، وإذا سقطت لا تعود . وفى الصلح من رواية أبى سليمان لا تبطل لأن الكفالة بالنفس وقد تكون موصلة إلى المال فأخذت حكمه من هذا الوجه ، فإذا رضى

مخالفة أخرى لقوله عند فساد التسمية يصار إلى الدية (قوله والجواب أن الصلح على ما لا يصلح بدلا عفو من له الحق) أقول : فيه نوع مصادرة

وأما الثاني وهو جنائية الخطأ فلأن موجبها المال فيصير بمنزلة البيع : إلا أنه لانصح الزيادة على قدر الدية لأنه مقدر شرعاً فلا يجوز إبطاله فترد الزيادة . بخلاف الصلح عن القصاص حيث تجوز الزيادة على قدر الدية لأن القصاص ليس بمال وإنما يتقوم بالعقد ، وهذا إذا صالح على أحد مقادير الدية ، أما إذا صالح على غير ذلك جاز لأنه مبادلة بها ، إلا أنه يشترط القبض في المجلس كي لا يكون افتراقاً عن دين بدين . ولو قضى القاضى بأحد مقاديرها فصالح على جنس آخر منها بالزيادة جاز لأنه تعين الحق بالقضاء فكان مبادلة بخلاف الصلح ابتداء لأن تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة القضاء في حق التعيين فلا تجوز الزيادة على ما تعين .

أو على ما في بطن أمته أو على غلة نخله سنين معلومة لم يجوز لأنه لم يصلح صداقاً فكذا بدلاً في الصلح انتهى . أقول : فيه بحث لأن تعليلهم عدم جواز الصلح عن دم العمد على الأشياء المذكورة بقولهم لأنه لم يصلح صداقاً فكذا بدلاً في الصلح يناق قولهم بأن العكس هاهنا غير لازم ولا ملزم ، فإن صحة التعليل بما ذكرنا يبتنى على لزوم العكس والتزامه ، فالصواب تعليل عدم جواز الصلح في تلك الصور بجهالة المصالح عليه من غير تعرض لثلاث يصلح صداقاً فإن جهالته تفسد الصلح فيما احتج فيه إلى التسليم والتسلم كما تقرر فيما مر . وقال بعض الفضلاء في حاشيته عن قول صاحب العناية : ولا يتوهم لزوم العكس فإنه غير لازم ولا هو ملزم ، لكن قال في المحيط : إذا صالحه على وصيف عن دم العمد فهو جائز ، والأصل في جنس شرع المسائل أن ما صلح مهراً في النكاح صلح بدلاً في الصلح عن دم العمد وما لا فلا ، والوصيف يصلح مهراً في النكاح ويصرف مطلقه إلى الوسط فكذا يصلح بدلاً في الصلح عن دم العمد ومطلقه ينصرف إلى الوسط انتهى . والمقصود قوله وما لا فلا فليتأمل فإن فيه مخالفة أخرى لقوله عند فساد التسمية يصار إلى الدية ، إلى هنا كلام ذلك البعض . أقول : لا مخالفة فيه لقوله عند فساد التسمية يصار إلى الدية ، إذ لا فساد في التسمية فيما قاله صاحب المحيط ، لأن فساد التسمية بجهالة فاحشة وليس في الوصيف جهالة فاحشة سيما إذا انصرف مطلقه إلى الوسط كما صرح به ولهذا يصلح مهراً في النكاح وهذا أمر لاسترة به (قوله وأما الثاني وهو جنائية الخطأ فلأن موجبها المال فيصير بمنزلة البيع) أقول : فيه شيء وهو أنهم صرحوا بأن الصلح إذا كان على جنس ما استحقه

أن يسقط حقه بعوض لم يسقط مجازاً (وأما الثاني وهو جنائية الخطأ فلأن موجبها المال فيصير بمنزلة البيع) ثم الصلح فيه إما أن يكون على أحد مقادير الدية أولاً ، والأول إما أن يكون منفرداً أو منضمماً إلى الصلح عن العمد ، فإن كان منفرداً وهو المذكور في الكتاب لا يصح بالزيادة على قدر الدية لأنه مقدر شرعاً والمقدر الشرعي لا يبطل فترد الزيادة ، بخلاف الصلح عن القصاص حيث تجوز الزيادة على قدر الدية ، إذ ليس فيه تقدير شرعي فكانت الزيادة إبطالاً له ، بل القصاص ليس بمال فكان الواجب أن لا يقابله مال ، ولكنه أشبه النكاح في تقويمه بالعقد فجاز بأي مقدار تراضيا عليه كالتسمية في النكاح ، وإن كان منضمماً إلى العمد كان كما إذا قتل عمداً وآخر خطأ ثم صالح أولياءهما على أكثر من دينين فالصلح جائز ولصاحب الخطأ الدية وما بقر فلصاحب العمد ، كمن عليه لرجل مائة دينار وآخر ألف درهم فصالحهما على ثلاثة آلاف درهم فلصاحب الألف الألف والباقي لصاحب الدنانير . والثاني كما إذا صالح على مكيل أو موزون جازت الزيادة على قدر الدية لأنه مبادلة ، إلا أنه يشترط القبض في المجلس كي لا يكون افتراقاً عن دين الدية بدين بدل الصلح (ولو قضى القاضى بأحد مقادير الدية مثل أن قضى بمائة من الإبل ثم صالح أولياء القتيل على أكثر من مائتي بقرة جاز لأن الحق قد تعين بالقضاء في الإبل) وخرج غيره من أن يكون واجباً بهذا الفعل (فكان ما يعطى عوضاً عن الواجب) فكان صحيحاً (بخلاف الصلح) بالزيادة عليه (ابتداء لأن تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة القضاء في حق التعيين) ولو قضى القاضى بأحد المقادير زيادة على مقدار الدية لم يجوز ، فكذا هذا .

(قوله بل القصاص ليس بمال) أقول : وبهذا يظهر وجه بطلان الصلح عن الكفالة (قوله والثاني كما إذا صالح على مكيل الخ)

قال (ولا يجوز عن دعوى حد) لأنه حق الله تعالى لاحقه ، ولا يجوز الاعتياض عن حق غيره ، ولهذا لا يجوز الاعتياض إذا ادعت المرأة نسب ولدها لأنه حق الولد لاحقها ، وكذا لا يجوز الصلح عما أشعره إلى طريق العامة لأنه حق العامة فلا يجوز أن يصالح واحد على الأفراد عنه ، ويدخل في إطلاق الجواب حد القذف لأن المذهب فيه حق الشرع . قال (وإذا ادعى رجل على امرأة نكاحا وهي تجحد فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى جاز وكان في معنى الخلع) لأنه أمكن تصحيحه خلعا في جانبه بناء على زعمه وفي جانبها بدلا للمال لدفع الخصومة . قالوا : ولا يحل له أن يأخذ فيما بينه وبين الله تعالى إذا كان مبطلا في دعواه . قال (وإذا ادعت امرأة على رجل نكاحا فصالحها على مال بذله لها جاز) قال رضى الله عنه : هكذا ذكر في بعض نسخ المختصر ، وفي بعضها قال : لم يجوز . وجه الأول أن يجعل زيادة في مهرها . وجه الثاني أنه بذل لها المال لتترك الدعوى

المدعى عليه لم يحمل على المعاوضة وإنما يحمل على أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه : وسيأتي ذلك في الكتاب أيضا في باب الصلح في الدين . ولا يخفى أن الصلح عن جنابة الخطأ إذا كان على أحد مقادير الدية مطلقا قبل أن يقضى القاضى بأحد منها بعينه أو كان على جنس ما قضى القاضى به بعد أن قضى بأحد مقاديرها بعينه كان من ذلك القبيل فلم يتم إطلاق قوله فيصير بمنزلة البيع فتأمل (قوله وجه الأول أن يجعل زيادة في مهرها) أى أن يجعل كأنه زاد في مهرها ثم خالعهما على أصل المهر دون الزيادة فسقط الأصل دون الزيادة ، كذا في الكافي وكثير من الشروح . قال صاحب غاية البيان : وفيه نظر عندي لأنه ضعيف جدا ، لأن الكلام في دعواها النكاح وصلح الرجل عنه على مال والصلح عن نكاح على مال عبارة عن ترك النكاح بمال فكيف يكون ذلك زيادة في المهر . أقول : هذا كلام خال عن التحصيل ، فإن كون الصلح عن النكاح على مال عبارة عن ترك النكاح بمال لا ينافي كون ذلك زيادة في المهر ، بل يقتضيه لأن ترك النكاح بلا فرقة مما لا يتصور شرعا ، فلا بد أن يجعل ترك النكاح بمال فرقة ببطلان الصلح ، ولما جعل خلعا سقط أصل المهر فلا بد أن يجعل ما بذله لها زيادة في المهر وهذا وجه

قال (ولا يجوز عن دعوى حد) الأصل في هذا أن الاعتياض عن حق الغير لا يجوز ، فإذا أخذ رجل زانيا أو سارقا أو شارب خمر وأراد أن يرفعه إلى الحاكم فصالحه المأخوذ على مال ليترك ذلك فالصلح باطل . وله أن يرجع عليه بما دفع إليه من المال ، لأن الحد حق الله تعالى ، والاعتياض عن حق الغير لا يجوز ، وهو الصلح على تحريم الحلال أو تحليل الحرام ، وإذا ادعت امرأة على رجل صبيا هو بيدها أنه ابنه منها وجحد الرجل ولم تدع المرأة النكاح وقالت إنه طلقها وبانت منه وصدقها في الطلاق فصالحه النسب على مائة درهم فالصلح باطل لأن النسب حق الصبي فلا يجوز الاعتياض عنه (وإذا أشعر رجل إلى طريق العامة فصالح واحد من العامة على مال لا يجوز لأنه حق العامة فلا يجوز أنفراد واحد منهم بذلك) وقيد بقوله إلى طريق العامة لأن الظلة إذا كانت على طريق غير نافذة فصالحه رجل من أهل الطريق جاز الصلح ، لأن الطريق مملوكة لأهلها فيظهر في حق الأفراد ، والصلح معه مفيد لا يسقط حقه ويتوصل به إلى تحصيل رضا الباقيين ، وقيد بقوله واحد على الأفراد لأن صاحب الظلة لو صالح الإمام على دراهم ليترك الظلة جاز إذا كان في ذلك صلاح للمسلمين ويضعها في بيت المال ، لأن الاعتياض للإمام عن الشركة العامة جائز ، ولهذا لو باع شيئا من بيت المال صح (وحد القذف داخل في جواب الحدود لأن المذهب فيه حق الشرع) ولهذا لا يجوز عفو ولا يورث ، بخلاف القصاص . قال (وإذا ادعى رجل على امرأة نكاحا الخ) هذا بناء على الأصل المار أن الصلح يجب اعتباره بأقرب العقود إليه شبا ، وإذا جمحت النكاح فصالحته على مال بذلته أمكن تصحيحه خلعا في جانبه

أقول : هو معطوف على ماسبق بثانية أسطر تخمينيا وهو قوله الأول إما الخ (قال المصنف : وكذا لا يجوز الصلح عما أشعره إلى طريق العامة) أقول : قال العلامة النسفي في الكافي : بخلاف ما لو كان إلى طريق غير نافذ فصالحه رجل من أهل الطريق فالصلح جائز لأن الطريق مملوكة لأهلها انتهى (قال المصنف : لأنه حق العامة) أقول : وفي الكافي بدل قوله لأنه حق العامة لأن الحق في الشارع لجماعة المسلمين انتهى . يفهم منه أنه الشارع يطلق على طريق العامة مطلقا حيث قبول بغير النافذة (قوله فصالحه رجل من أهل الطريق الخ) أقول : يعنى من أهل طريق غير نافذ

فإن جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطى العوض في الفرقة ، وإن لم يجعل فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى فلا شيء يقابله العوض فلم يصح . قال (وإن ادعى على رجل أنه عبده فصالحه على مال أعطاه جاز وكان في حق المدعى بمنزلة الإعتاق على مال) لأنه أمكن تصحيحه على هذا الوجه في حقه لزعمه ولهذا يصح على حيوان في الذمة إلى أجل ، وفي حق المدعى عليه يكون لدفع الخصومة لأنه يزعم أنه حرّ الأصل فجاز إلا أنه لا ولاء له لإنكار العبد إلا أن يقيم البينة فتقبل ويثبت الولاء . قال (وإذا قتل العبد المأذون له رجلاً عمداً لم يجوز له أن يصلح عن نفسه ، وإن قتل عبد له رجلاً عمداً فصالحه جاز) ووجه الفرق أن رقبته ليست من تجارته ولهذا لا يملك التصرف فيه بيعاً فكذا استخلاصاً بمال المولى وصار كالأجنبي ،

لا غبار عليه (قوله فإن جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطى العوض في الفرقة) إذ لا يسلم له شيء من هذه الفرقة ، وإنما المرأة هي التي تسلم لها نفسها وتتخلص عن الزوج ، كذا في الكافي وكثير من الشروح . أقول : لما منع أن يمنع قولهم ، إذ لا يسلم له شيء من هذه الفرقة فإنه يسلم له منها أصل المهر . إذ لولا هذه الفرقة لازمه مهرها عند إثباتها النكاح فجاز أن يعطى الزوج العوض ليسلم له المهر في ضمن هاتيك الفرقة التي هي في معنى الخلع . فإن قلت : يجوز أن يكون مراد المصنف فالزوج لا يعطى العوض بناء على وقوع هذه الفرقة من جانب المرأة كما يشعر به تقرير تاج الشريعة في شرح هذا المقام حيث قال : يعني أن هذا الصلح إن جعل فرقة فلا عوض في الفرقة من جانبها على الزوج ، كالمراة إذا مكنت ابن زوجها لا يجب عليه شيء انتهى . ويشير إليه قول صاحب العناية : فإن جعل ترك الدعوى منها فرقة فلا عوض على الزوج في الفرقة ، كما إذا مكنت

بناء على زعمه وبذلاً للمال لدفع الخصومة وقطع الشغب والوطء الحرام في جانبها ، فإن أقام على التزويج بينة بعد الصلح لم تقبل لأن ما جرى كان خلعا في زعمه ولا فائدة في إقامتها بعده ، وإن كان مبطلاً في دعواه لم يحل له ما أخذه بينه وبين الله تعالى ، وهذا عام في جميع أنواع الصلح ، إلا أن يسلمه بطيب عن نفسه فيكون تملكاً على طريق الهبة . وفي عكس هذه المسئلة وهي ما إذا ادعت امرأة على رجل نكاحاً فصالحها على مال بذله لها اختلاف نسخ المختصر في ذلك ، فوقع في بعضها جاز ، وفي بعضها لم يجوز . وجه الأول أن يجعل كأن الزوج بإعطائه بدل الصلح زاد على مهرها ثم طلقها . وجه الثاني أنه بذل لها لتترك الدعوى ، فإن جعل ترك الدعوى منها فرقة فلا عوض على الزوج في الفرقة كما إذا مكنت ابن زوجها ، وإن لم يجعل فرقة فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى لأن الفرقة لما لم توجد كانت دعواها على حالها ابقاء النكاح في زعمها فلم يكن ثمة شيء يقابله العوض فكان رشوة (وإن ادعى على رجل) مجهول الحال (أنه عبده فصالحه على مال أعطاه إياه فأقرب العقود إليه شها العتق على مال فيجعل بمنزلة إمكان تصحيحه على هذا الوجه في زعمه ، ولهذا يصح على حيوان إلى أجل في الذمة) ولا يصح ذلك إلا بمقابلة ما ليس بمال كالنكاح والديات ولهذا لا يصح السلم في الحيوان (و) يجعل (في حق المدعى عليه لدفع الخصومة لأنه يزعم أنه حرّ الأصل فجاز ، إلا أنه لا يثبت الولاء لإنكار العبد إلا أن يقيم البينة فتقبل ويثبت الولاء) لأنه صالحه بعد كونه عبداً له فكان صلحه بمنزلة الإعتاق على مال وفيه الولاء (وإذا قتل العبد المأذون له رجلاً عمداً فصالح عن نفسه لم يجوز) سواء كان عليه دين أو لا (وإن قتل عبد له) أي للعبد المأذون له (رجلاً عمداً فصالح عنه جاز) سواء كان عليه دين أو لا (والفرق أن رقبته ليست حاصلة من تجارته ولهذا لا يملك التصرف فيه بيعاً وإن جاز إجارة فلا يجوز أن يستخلص رقبته بمال المولى وصار كالأجنبي) أي صار العبد كالأجنبي في حق نفسه لأن نفسه مال المولى ، والأجنبي إذا صالح عن مال مولاه بدون إذنه لا يجوز فكذا هنا

(قوله والوطء الحرام في جانبها) أقول : فيه بحث ، فإنه لا يكون حراماً إذا كان بالقضاء ، وجوابه أن المرأة يجوز أن تمتد ذلك على رأى من قال لا ينقل القضاء باطلاً (قوله فكان رشوة) أقول : أي رشوة محضة . (قال المصنف : ولهذا لا يملك التصرف فيه) أقول : قال في النهاية : أي في رقبته بتأويل العضو أو الجزء انتهى - فيه بحث ، فإن الرقبة هنا مجاز عن النفس .

أما عبده فمن تجارته وتصرفه فيه نافذ بيعا فكذا استخلاصا ، وهذا لأن المستحق كالزائل عن ملكه وهذا شراؤه فيملكه . قال (ومن غصب ثوبا يهوديا قيمته دون المائة فاستهلكه فصالحه منها على مائة درهم حاز عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد : يبطل الفضل على قيمته بما لا يتغابن الناس فيه) لأن الواجب هي القيمة وهي مقدرة فالزيادة عليها تكون ربا ، بخلاف ما إذا صالح على عرض لأن الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس ، وبخلاف ما يتغابن الناس فيه لأنه يدخل تحت تقويم المقومين فلا تظهر الزيادة . ولأبي حنيفة أن حقه في الهالك باق حتى لو كان عبدا وترك أخذ القيمة يكون الكفن عليه أو حقه في مثله صورة ومعنى ، لأن ضمان العدوان بالمثل ، وإنما ينتقل إلى القيمة بالقضاء فقبله إذا تراضيا على الأكثر كان اعتياضا فلا يكون ربا ، بخلاف الصلح بعد القضاء لأن الحق قد انتقل إلى القيمة .

ابن زوجها انتهى فإذا حال هذا المعنى ؟ قلت : يرد عليه أيضا أن يقال : وقوع الفرقة من جانب المرأة إنما يمنع إعطاء الزوج العوض لو كانت هي مستقلة في مباشرة سبب الفرقة كما إذا مكنت ابن زوجها ، وأما إذا كانت مباشرتها بسبب الفرقة برأى الزوج ورضاه كما فيما نحن فيه إذا كان تركها دعوى النكاح فيه بطلب الزوج ورضاه حيث تصالحا عنه على مال بذله لها فلا نسلم أن وقوع الفرقة من جانب المرأة في مثل ذلك يمنع إعطاء الزوج العوض ؛ ألا يرى أنه لو قال رجل لامرأته طلقي نفسك أو قال لها اختاري بنوي بذلك الطلاق فلها أن تطلق نفسها مادامت في مجلسها ذلك ، فإن طلقت نفسها في ذلك المجلس لزمه مهرها قطعا فلم يكن وقوع الفرقة من جانبها هناك مانعا عن وجوب المهر على الزوج كما كان مانعا عنه فيما إذا مكنت ابن زوجها ، فكذا هاهنا لا يكون وقوعها من جانبها مانعا عن لزوم إعطاء الزوج العوض فتدبر (قوله أو حقه في مثله صورة ومعنى لأن ضمان العدوان بالمثل ، وإنما ينتقل إلى القيمة بالقضاء الخ) قال صاحب العناية : وفي كلام المصنف تسامح لأنه وضع المسئلة

(أما عبده فمن تجارته وكسبه وتصرفه فيه نافذ بيعا فكذا استخلاصا ، و) تحقيق (هذا أن المستحق كالزائل عن ملكه) فصار كأنه مملوك للمولى ولهذا كان له أن يتلفه (وهذا) أى الصلح (كأنه شراؤه وهو يملك ذلك) بخلاف نفسه ، فإنه إذا زال عن ملك المولى لا يملك شراؤه فكذا لا يملك الصلح ، وطولب بالفرق بينه وبين المكاتب ، فإنه لو قتل عبدا فصالح عنه نفسه جاز . وأجيب بأن المكاتب حرّيدا واكتسابه له ، بخلاف المأذون له فإنه عبد من كل وجه وكسبه لمولاه ، ثم صلح العبد المأذون له وإن لم يصح لكن ليس لولى القتل أن يقتله بعد الصلح ، لأنه لما صالحه فقد عفا عنه ببذل فصح العفو ، ولم يجب البذل في حق المولى فتأخر إلى ما بعد العتق لأن صلحه عن نفسه صحيح لكونه مكلفا وإن لم يصح في حق المولى ، فصار كأنه صالحه على بدل مؤجل يؤخذ به بعد العتق ، ولو فعل ذلك جاز الصلح ولم يكن له أن يقتل ولا أن يتبعه بشيء مالم يعتق ، فكذا هذا . قال (ومن غصب ثوبا يهوديا الخ) يهود قوم من أهل الكتاب ينسب إليهم الثوب يقال ثوب يهودى وإنما خصه بالذكر إشارة إلى كونه معلوم القيمة وكل قيمى معلوم القيمة حكمه كذلك فعلى هذا من غصب قيميا معلوم القيمة فاستهلكه فصالح من القيمة على أكثر منها من النقود جاز عند أبي حنيفة ، وقالا : يبطل الفضل عن قيمته بما لا يتغابن فيه الناس ، وقيد بالغصب لأنه المحتاج إلى الصلح غالبا ، وقيد بالقيمي احترازا عن المثل ، فإن الصلح عن كثر حنطة على دراهم أو دنائير جائز بالإجماع سواء كانتا أكثر من قيمته أو لا ، ولكن القبض شرط وإن كانتا بأعيانهما لثلا يلزم بيع الكائى بالكائى ، وقيد بقوله معلوم القيمة ليظهر الغبن الفاحش المانع من لزوم الزيادة عندهما ، وقيد بالاستهلاك لأن المغصوب إذا كان قائما جاز الصلح على أكثر من قيمته بالإجماع ، وقيد بقوله من النقود لأنه لو صالح على طعام موصوف في الذمة حالا وقبضه قبل الافتراق جاز بالإجماع . والأصل في هذا أن الدراهم تقع

(قوله ولهذا كان له الخ) أقول : الضمير في قوله له راجع إلى الولي (قوله وهذا : أى الصلح كأنه شراؤه الخ) أقول : فأشار الشارح إلى أن الكلام على التشبيه (قوله يؤخذ به بعد العتق) أقول : قوله يؤخذ به صفة أخرى .

قال (وإذا كان العبد بين رجلين أعتقه أحدهما وهو موسر فصالحه الآخر على أكثر من نصف قيمته فالفضل باطل) وهذا بالاتفاق ، أما عندهما فلما بينا . والفرق لأبي حنيفة رحمه الله أن القيمة في العتق منصوص عليها

في القيمي وذكر في الدليل المثل ، فإن وجوب المثل صورة ومعنى إنما هو في المثليات ولا يصار فيها إلى القيمة إلا إذا انقطع المثل فحينئذ يصار إليها انتهى كلامه . أقول : قد غلط في استخراج هذا المقام ، فحمل كلام المصنف على التسامح ، ومنشأ ذلك أنه زعم أن مراد المصنف بالحق في قوله أو حقه في مثله صورة ومعنى هو حق الأخذ ، وهذا غير متصور في القيميات لأن أخذ المثل فرع وجوده ، ووجود المثل صورة ومعنى إنما يتصور في المثليات ، وليس مراد المصنف به ذلك قطعا ، بل إنما مراده به حق تعلق الملك بجهة أن الواجب في ذمة الغاصب حقا للمالك مثل الهالك صورة ومعنى ، وهذا الحق يتصور في القيميات أيضا وإن لم يتصور حق الأخذ إلا في المثليات ، لأن وجوب القيميات في الذمة ممكن كالحیوان والثوب في النكاح والدية وغيرهما على ما صرحوا به . ومما يفصح عما قلنا ما ذكر في الذخيرة ونقل عنها في النهاية بأن قال : والوجه لأبي حنيفة رحمه الله أن هذا اعتياض عن الثوب والحیوان حكما فيجوز بالغما ما بلغ كالا اعتياض عن الثوب القائم والحیوان القائم حقيقة . وإنما قلنا :

في مقابلة عين المغصوب حقيقة إن كان قائما ، وتقدير إن لم يكن عند أبي حنيفة ، وعندهما بمقابلة قيمة المغصوب فقالا إن الواجب هو القيمة وهي مقدرة بالدرهم والدنانير فالزيادة عليهما بما لا يتغابن فيه الناس كان ربا ، بخلاف ما إذا صالح على عرض لأن الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس ، وبخلاف ما يتغابن الناس فيه لأنه يدخل تحت تقويم المقومين فلا تظهر فيه الزيادة . ولأبي حنيفة طريقان : أحدهما أن المغصوب بعد الهلاك باق على ملك المالك ما لم يتقرر حقه في ضمان القيمة ، حتى لو كان عبدا واختار ترك التضمين كان العبد هالكا على ملكه حتى كان الكفن عليه ، ولو كان أبقا فعاد من إياقه كان مملوكا له ، وإذا كان كذلك فالمال الذي وقع عليه الصلح يكون عوضا عن ملكه في الثوب أو العبد ، ولا ربا بين العبد والدرهم كما لو كان العبد قائما . والثاني أن الواجب على الغاصب رد العين لقوله صلى الله عليه وسلم « على اليد ما أخذت حتى ترده » فهو الأصل في الغصب ، وإنما تجب القيمة عند تعذر رد العين لتقوم القيمة مقام العين ، وكان ذلك ضروريا لا يصار إليه إلا عند العجز ، فإذا صالح على شيء كان البديل عوضا عن العين وهو خلاف الجنس فلا يظهر الفضل ليكون ربا ، وفي كلام المصنف تسامح لأنه وضع المسئلة في القيمي ، وذكر في الدليل المثل فإن وجوب المثل صورة ومعنى إنما هو في المثليات ، ولا يصار فيها إلى القيمة إلا إذا انقطع المثل فحينئذ يصار إليها . ويمكن أن يجاب عنه بأنه فعل ذلك إشارة إلى أن المثل إذا انقطع حكمه كالقيمي لا ينتقل فيه إلى القيمة إلا بالقضاء ، فقبله إذا تراضيا على الأكثر كان اعتياضا فلا يكون ربا ، بخلاف الصلح بعد القضاء لأن الحق قد انتقل إلى القيمة . ونوقض بما لو صالحه على طعام موصوف في الذمة إلى أجل فإنه لا يجوز ، ولو كان بدلا عن المغصوب جاز لأن الطعام الموصوف بمقابلة المغصوب ثمن بمقابلة القيمة مبيع ، وبما لو صالح من الدية على أكثر من عشرة آلاف درهم لم يجوز . وأجيب بأن المغصوب المستهلك لا يوقف على أثره فكان كالدين ، والدين بالدين حرام حتى لو صالحه عن ذلك حالا جاز وبأن البديل جعل في مقابلة الدية لأنه لا وجه لحمله على الاعتياض عن المقتول . وعورض دليل أبي حنيفة بأنه لو باع عين المغصوب بعد الهلاك أو الاستهلاك من الغاصب لم يجوز ، فلو كان بمنزلة القائم حكما لجاز . وأجيب بأن المبيع يقتضي قيام مال حقيقة لكونه تمليك مال متقوم بمال متقوم والهالك ليس بمال . وأما الصلح فيمكن تصحيحه إسقاطا وصحته لا تقتضي قيام مال متقوم حقيقة (قوله وإذا كان العبد بين رجلين الخ) ظاهر ، والمراد بالنص ما مر في العتق من قوله صلى الله عليه وسلم « ومن أعتق شقصا من عبد بينه وبين شريكه قوم عليه نصيب شريكه فيضمن إن كان موسرا أو يسمى العبد » .

(قوله وفي كلام المصنف تسامح ، إلى قوله : إنما هو في المثليات) أقول : وفي الكافي أو حقه في الأصل صورة ومعنى ، إذ الواجب ضمان العدوان وهو مقيد بالمثل كما نطق به النص ، وإيجاب الحيوان والثوب في الذمة ممكن كما في النكاح والدية انتهى . وبه يتلغ مذكرو الشارح ، فإن قوله وجوب المثل صورة ومعنى إنما هو في المثليات غير مسلم وعليك بالتأمل .

وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضي فلا تجوز الزيادة عليه ، بخلاف ما تقدم لأنها غير منصوص عليها (وإن صالحه على عروض جاز) لما بينا أنه لا يظهر الفضل ، والله أعلم بالصواب .

(باب التبرع بالصلح والتوكيل به)

(ومن وكل رجلا بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عنه إلا أن يضمنه ،

إن هذا اعتياض عن الثوب والحيوان حكما لأن الواجب في ذمة الغاصب حقا للمالك مثل الحيوان والثوب من جنسه لأنه ضمان عدوان فيكون مقيدا بالمثل . والمثل من كل وجه هو المثل صورة ومعنى ، ولهذا كان الواجب من جنسه في غير الثوب والحيوان نحو المكيلات والموزونات وإيجاب الحيوان والثوب في الذمة ممكن كما في النكاح والدية ، إلا أن عند الأخذ يصار إلى القيمة ضرورة أن أخذ المثل صورة ومعنى غير ممكن إلا بسابقة التقويم ، والآخذ والدافع لا يعرفان ذلك حقيقة لما فيه من التفاوت الفاحش ، ولا ضرورة في الوجوب لأن الوجوب بإيجاب الله تعالى والله تعالى عالم بذلك فصيح ما ادعينا أن هذا اعتياض عن الثوب والحيوان فيجوز كيفما كان انتهى . والعجب من صاحب العناية أنه بعد ما نظر إلى النهاية وسائر المعبرات واطلع على ما فيها كيف وقع في تلك الورطة ؟ ثم قال صاحب العناية : ويمكن أن يجاب عنه بأنه فعل ذلك إشارة إلى أن المثل إذا انقطع حكمه كالقيمي لا ينتقل فيه إلى القيمة إلا بالقضاء فقبله إن تراضيا على الأكثر كان اعتياضا فلا يكون ربا بخلاف الصلح بعد القضاء لأن الحق قد انتقل إلى القيمة انتهى . أقول . عذره أقبح من ذنبه ، لأن المصنف هاهنا ليس بصدد بيان المسئلة حتى تفيد إشارته إلى اشتراك المسئلتين في الحكم شيئا ، بل هو هاهنا في مقام الاستدلال على قول أبي حنيفة في الصلح عن الثوب المستهلك على أكثر من قيمته ، فإن لم يفد الدليل الذي ذكره المدعى بناء على كون المدعى في القيمي وكون الدليل مخصوصا بالمثل كما زعمه لايتم المطلوب فيختل الكلام لعدم إيفائه حق المقام ، ولا تجدى الإشارة إلى أمر أجنبى عن الصدد نفعا كما لا يخفى .

(باب التبرع بالصلح والتوكيل به)

قال صاحب النهاية : لما كان تصرف المرء لنفسه أصلا قدمه على التصرف لغيره ، وهو المراد بالتبرع بالصلح لما أن الإنسان في العمل لغيره متبرع ، واقتضى أثره صاحب الغاية وصاحب العناية . أقول : إن قولهم وهو المراد بالتبرع بالصلح ليس بسديد ، إذ لو كان المراد بالتبرع بالصلح هاهنا مجرد التصرف لغيره لكان قول المصنف والتوكيل به مستدركا لتناول التبرع بالصلح بمعنى مجرد التصرف لغيره ما حصل بالتوكيل به أيضا . فالحق عندى أن المراد بالتبرع بالصلح هاهنا هو الصلح عن آخر بغير أمره ، وبالتوكيل به هو الصلح عنه بأمره ، وكلتا الصورتين المذكورتان في هذا الباب فيسلم ما ذكر في عنوان الباب عن الاستدراك . بقى شيء وهو أن التوكيل بالصلح فعل الموكل وهو متصرف فيه لنفسه فلا يتم وجه التقديم الذي ذكره بالنظر

(باب التبرع بالصلح والتوكيل به)

لما كان تصرف المرء لنفسه أصلا قدمه على التصرف لغيره ، وهو المراد بالتبرع بالصلح لأن الإنسان في العمل لغيره متبرع . قال (ومن وكل رجلا بالصلح عنه الخ) ومن وكل رجلا بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عنه : أى عن وكل في رواية المصنف . وروى غيره ما صالح عليه وهو المصالح عليه إلا أن يضمنه . المسال لازم للموكل : أى على الموكل كما

(باب التبرع بالصلح والتوكيل به)

(قوله وهو المراد بالتبرع بالصلح) أقول : فيه بحث (قال المصنف : لم يلزم الوكيل ما صالح عنه) أقول : أى عن وكل فالعائد إلى اسم الموصول محذوف : أى ما صالح عليه عن الموكل (قوله وروى غيره) أقول : يعنى الأقطع .

— ٤٢٣ —

والمال لأزم للموكل) وتأويل هذه المسئلة إذا كان الصلح عن دم العمد أو كان الصلح عن بعض ما يدعيه من الدين لأنه إسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيرا ومعبرا فلا ضمان عليه كالوكيل بالنكاح إلا أن يضمه لأنه حينئذ هو مواخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح . أما إذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع فترجع الحقوق إلى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل .

إلى قول المصنف في العنوان والتوكيل به . والجواب أن التوكيل المذكور في العنوان مصدر من المبني للمفعول فيرجع إلى معنى التوكيل وهو تصرف للغير . فإن قلت : فلم لم يقل والتوكيل به بدل قوله والتوكيل به حتى لا يحتاج إلى البيان بأنه مصدر من المبني للمفعول . قلت : فائدة التعبير عن التوكيل بالتوكيل هي الإيماء إلى أن المراد التوكيل الحاصل بالتوكيل وهو التوكيل بأمر الغير الذي هو الموكل لا المباشرة بنفسه بدون أمر الغير وهو التبرع بالصلح فيندفع به توهم الاستدراك ، تأمل فإنه معنى لطيف (قوله والمال لازم للموكل) قال صاحب النهاية ومعراج الدراية في شرح الأقطع : والمال لازم على الموكل انتهى . وقال صاحب غاية البيان : واللام في للموكل بمعنى على كما في قوله تعالى - وإن أسأتم فلها - أي فعلها . واقتنى أثره صاحب العناية حيث قال : والمال لازم للموكل : أي على الموكل كما في قوله تعالى - وإن أسأتم فلها - أي فعلها انتهى . أقول : لا وجه لحمل اللام في قوله والمال لازم للموكل على معنى «على» لأن للموكل متعلق بلازم وكلمة الزوم تتعدى بنفسها وبالباء : يقال لزمه ولزم به ، ولا تتعدى بعلى ، فلو جعل اللام هنا بمعنى على لزم تعدية الزوم بعلى ولم تسمع قط . فالصحيح أن تبقى اللام في عبارة الكتاب على حالها ويكون إقامتها لتقوية العمل . فالمعنى والمال يلزم الموكل ، وإدخال اللام على معمول اسم الفاعل من الأفعال المتعدية بأنفسها لتقوية العمل شائع في كلام العرب ، بخلاف قوله تعالى - وإن أسأتم فلها - لأن اللام في « فلها » هناك متعلق بمقدر كما لا يخفى ، فيجوز أن يقدر ما يصلح أن تكون كلمة على صلة له فلا ضير في أن يحمل اللام هناك على معنى على تأمل تقف قوله وتأويل هذه المسئلة إذا كان الصلح عن دم العمد أو كان الصلح عن بعض ما يدعيه من الدين (الخ) قال صاحب النهاية : وهذا الذي ذكره من التأويل لا يكفي لتأويل المسئلة ، فإن فيه قيد آخر وهو أنه إذا كان الصلح على الإنكار فلا يجب بدل الصلح على الوكيل من شيء ، وإن كان الصلح في المعاوضات لأنه ذكر في المبسوط في باب الصلح في العقار : ولو ادعى رجل في دار رجل حقا فصالحه عنه آخر بأمره أو بغير أمره . إلى أن قال : ولا يجب المال على المصالح إلا أن يضمه الذي صالحه لأن الصلح على الإنكار معاوضة بإسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق يجعل والعفو عن القصاص بمال ، وذلك جائز مع الأجنبي كما يجوز مع الخصم انتهى . واقتنى أثره كثير من الشراح في أن ما ذكره المصنف لا يكفي لتأويل المسئلة ، بل لابد فيه من قيد آخر وهو أن لا يكون الصلح في المعاوضات على الإنكار . أقول : يمكن أن يقال : يستغنى عنه بما ذكره المصنف ، فإن قوله

في قوله تعالى - وإن أسأتم فلها - أي عليها ، وهذا كما ترى يدل بظاهره على أن الوكيل لا يلزمه ما صالح عليه مطلقا إلا إذا ضمته ، فإنه يجب عليه من حيث الضمان لا الوكالة . قال المصنف (وتأويل هذه المسئلة إذا كان الصلح عن دم العمد ، أو كان الصلح عن بعض ما يدعيه من الدين لأنه إسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيرا ومعبرا فلا ضمان عليه إلا أن يضمه ، لأنه حينئذ مواخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح ، أما إذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع فترجع الحقوق إلى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل) وذكر في شرح الطحاوي والتحفة على إطلاق جواب المختصر . وقال صاحب النهاية ما معناه : إنه لابد لتأويل المسئلة من قيد آخر ، وهو أن يكون المصالح في المعاوضات على الإنكار ، فإن كان لا يجب على الوكيل شيء وإن كان فيها لأن الصلح على الإنكار معاوضة بإسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق يجعل وذلك جائز مع الأجنبي جوازه مع

(قوله وهو أن يكون المصالح في المعاوضات) أقول : الظاهر أن يقال الصلح في المعاوضات (قوله وإن كان فيها) أقول : التفسير في قوله فيها راجع إلى المعاوضات .

قال (وإن صالح رجل عنه بغير أمره فهو على أربعة أوجه : إن صالح بمال وضمنه تم الصلح) لأن الحاصل للمدعى عليه ليس إلا البراءة وفي حقها هو والأجنبي سواء فصلح أصيلا فيه إذا ضمنه . كالفضول بالخلع إذا ضمن البدل ويكون متبرعا على المدعى عليه كما لو تبرع بقضاء الدين بخلاف ما إذا كان بأمره ولا يكون لهذا المصالح شيء من المدعى ، وإنما ذلك للذي في يده لأن تصحيحه بطريق الإسقاط ، ولا فرق في هذا بين ما إذا كان مقرا أو منكرا (وكذلك إن قال صالحتك على ألقى هذه أو على عبدى هذا صح الصلح ولزمه تسليمها) لأنه لما أضافه إلى مال نفسه فقد التزم تسليمه فصح الصلح (وكذلك لو قال على ألف وسلمها) لأن التسليم إليه يوجب سلامة العوض له فيتم العقد لحصول مقصوده (ولو قال صالحتك على ألف فالعقد موقوف ، فإن أجازه المدعى عليه جاز ولزمه الألف ، وإن لم يجزه بطل) لأن الأصل في العقد إنما هو المدعى عليه لأن دفع الخصومة حاصل له ، إلا أن الفضولي يصير أصيلا بواسطة إضافة الضمان إلى نفسه ، فإذا لم يصفه بقى عاقدا من جهة المطلوب فيتوقف على إجازته . قال العبد الضعيف عصمه الله : ووجه آخر وهو أن يقول صالحتك على هذه الألف أو على هذا العبد ولم ينسبه إلى نفسه لأنه لما عينه للتسليم صار شارطا سلامته له فيتم بقوله . ولو استحق العبد أو وجد به عيبا فردده فلا سبيل له على المصالح لأنه التزم الإبقاء من محل بعينه ولم يلتزم شيئا سواه ، فإن سلم المحل له تم الصلح : وإن لم يسلم له لم يرجع عليه بشيء : بخلاف ما إذا صالح على دراهم مسماة وضمنها ودفعها ثم استحققت أو وجدها زيوفا حيث يرجع عليه لأنه جعل نفسه أصيلا في حق الضمان ولهذا يجبر على التسليم ، فإذا لم يسلم له ما سلمه يرجع عليه ببذله . والله أعلم بالصواب .

أما إذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع : فترجع الحقوق إلى الوكيل من تمتة تأويله : ومقصوده منه تعميم جواب المسئلة لكل ما لم يكن الصلح عن مال بمال بطريق المفهوم ، كأنه قال : وفيما سوى ذلك لا ترجع الحقوق إلى الوكيل بل تلزم الموكل كما ذكر في جواب المسئلة . وفائدته التنبيه على أن ما ذكره في ابتداء التأويل من الصلح عن دم العمد والصلح على بعض ما يدعيه من الدين إنما هو بطريق التمثيل لا بطريق تخصيص جواب المسئلة بذلك ، فإن تخصيصه بذلك ليس بصحيح لجريانه قطعا في غير ذلك ، كالصلح عن جناية العمد فيما دون النفس والصلح عن كل عقد يكون الوكيل فيه سقيرا محضا كالنكاح والخلع وغيرهما . وإذا قد تقرر هذا فقد فهم دخول الصلح على الإنكار في جواب هاتيك المسئلة وإن كان الصلح في المعاوضات إذ قد تحقق فيها مر أن الصلح على الإنكار في حق المدعى عليه إنما هو لافتداء اليقين وقطع الخصومة ، وإنما هو معاوضة في حق المدعى ، وأنه يجوز أن يختلف حكم العقد في حقهما فلم يكن الصلح على الإنكار في حق المدعى عليه وإن كان الصلح في المعاوضات صلحا عن مال بمال ، وقد أشار إليه في المبسوط بقوله لأن الصلح على الإنكار معاوضة بإسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق يجعل والعفو عن القصاص بمال . ولا يخفى أن مانحن فيه هو الوكالة من قبل المدعى عليه فتم المطلوب بدون الاحتياج إلى التصريح بقيد آخر تفكر .

الخصم . قال (وإن صالح عنه رجل بغير أمره الخ) وإن صالح عنه رجل بغير أمره فهو على أربعة أوجه : ووجه ذلك أن الفضولي عند الصلح على مال ، أما إن قرن بذكر المال ضمان نفسه أو لا فالأول هو الوجه الأول ، والثاني أما إن أضاف المال إلى نفسه أولا فالأول هو الوجه الثاني ، والثاني إما أن يسلم المال المذكور أولا فالأول هو الوجه الثالث والثاني هو الرابع . ولكن يرد وجهان آخران ، وهو أن يكون المال المذكور خاليا عن الإضافة إما معرفا أو منكرا ، وكل منهما أما إن قرن به التسليم أو لم يقرن وقد ذكر وجهها حكم المنكر وبقي وجهها حكم المرفوع ، ولكن عرف وجه حكم المرفوع المسلم بذكر التسليم في المنكر فبقى حكم المرفوع غير المسلم وهو الذي ذكره بقوله قال العبد الضعيف ووجه آخر . أما وجه الوجه الأول فإنه إذا صالح وضمن تم

(باب الصلح في الدين)

(وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة ، وإنما يحمل على أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه ،

(باب الصلح في الدين)

(قوله وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة ، وإنما يحمل على أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه) أقول : فيه كلام ، وهو أن كلية ذلك بالنظر إلى قوله لم يحمل على المعاوضة مسلمة ، وأما بالنظر إلى قوله وإنما يحمل على أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه فممنوعة ، لأن ما وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة إذا كان على مثل حقه قدرا ووصفا ، كما إذا كان عليه ألف درهم جياذ فصالح عن ذلك على ألف درهم جياذ يحمل على استيفاء عين حقه ، صرح به في كثير من المعتررات كالبدايع والتحفة وغيرهما ، وليس فيه إسقاط شيء قط ، وعن هذا قال في الوقاية : وصلحه على بعض من جنس ماله عليه أخذا لبعض حقه وحط لباقيته للمعاوضة انتهى . ويمكن أن يعتزرا في الكتاب بأنه خارج عنخرج العادة ، فإن المعتاد أن يكون الصلح على أقل من المدعى لأعلى مثله بناء على عدم الفائدة في عقد الصلح على مثل المدعى . قال صاحب النهاية : وهاهنا ينبغي أن يزاد في لفظ الرواية قيد آخر ، وهو أن يقال : وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة ولا يمكن حمله على بيع الصرف لم يحمل على المعاوضة ، وإنما قلنا ذلك لأنه إذا أمكن حمله على بيع الصرف

الصلح ، لأن الحاصل للمدعى عليه ليس إلا البراءة لأنه يصح بطريق الإسقاط ، وفي حق البراءة الأجنبي والخصم سواء لأن الساقط يتلاشى ، ومثله لا يختص بأحد فصالح أن يكون أصيلا في هذا الضمان إذا أضافه إلى نفسه كالفضولي بالخلع من جانب المرأة إذا ضمن المال ويكون متبرعا على المدعى عليه لا يرجع عليه بشيء كما لو تبرع بقضاء الدين ، بخلاف ما إذا كان بأمره فإنه يرجع ولا يكون لهذا المصالح شيء من المدعى : أي لا يصير الدين المدعى به ملكا للمصالح وإن كان المدعى عليه مقرا ، وإنما يكون ذلك للذي في يده : يعني في ذمته لأن تصحيحه بطريق الإسقاط كما مر لا بطريق المبادلة ، فإذا سقط لم يبق شيء فأشياء ثبت له بعد ذلك ، ولا فرق في هذا : أي في أن المصالح لا يملك الدين المدعى به بين ما إذا كان الخصم مقرا أو منكرا . أما إذا كان منكرا فظاهر لأن في زعمه أن لاشيء عليه وزعم المدعى لا يتعدى إليه ، وأما إذا كان مقرا فالصلح كان ينبغي أن يصير المصالح مشترا ما في ذمته بما أدى ، إلا أن شراء الدين من غير من عليه الدين تملكه من غير من عليه الدين وهو لا يجوز ، وهذا بخلاف ما إذا كان المدعى به عينا والمدعى عليه مقرا ، فإن المصالح يصير مشترا لنفسه إذا كان بغير أمره لأن شراء الشيء من مالكة صحيح وإن كان في يد غيره . ووجه الوجوه الباقية مذكور في المتن وهو ظاهر ، خلا أن قوله فالعقد موقوف اختيار بعض المشايخ . وقال بعضهم : هو بمنزلة قوله صالحني على ألني ينفذ على المصالح والتوقف فيما إذا قال صالح فلانا على ألف درهم من دعواك على فلان فإنه فيه يقف عن إجازة المدعى عليه ، فإن أجاز جاز وإن رد بطل ، وهذا وجه آخر غير ما ذكر في الكتاب . ذكره في الذخيرة ، وباقى كلامه ظاهر لا يحتاج إلى شرح ، والله أعلم .

(باب الصلح في الدين)

لما ذكر حكم الصلح عن عموم الدعاوى ذكر في هذا الباب حكم الخاص وهو دعوى الدين ، لأن الخصوص أبدا يكون بعد العموم . قال (وكل شيء وقع عليه الصلح) بدل الصلح إذا كان من جنس ما يستحقه المدعى على المدعى عليه (بعقد المداينة لم يحمل) الصلح (على المعاوضة بل على استيفاء بعض الحق وإسقاط الباقي) وقيد بعقد المداينة وإن كان حكم الغصب كذلك حملا لأمر (قوله فصالح أن يكون أصيلا في هذا الضمان) أقول : فيه شيء ، والظاهر أن يقول في هذا الصلح (قوله صالح فلانا على ألف درهم من دعواك على فلان) أقول : يعني فلانا الأول ، ولو قال من دعواك عليه لكان أبعد عن التشويش .

(باب الصلح في الدين)

(٤٤ - تكملة فتح القدير ج١ - ٨)

كمن له على آخر ألف درهم فصالحه على خمسمائة ، وكمن له على آخر ألف جيات فصالحه على خمسمائة زبوف جاز وكأنه أبرأه عن بعض حقه) وهذا لأن تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما أمكن ، ولا وجه لتصحيحه معاوضة لإفضائه إلى الربا فجعل إسقاط للبعض في المسئلة الأولى ، وللبعض والصفة في الثانية (ولو صالح على ألف مؤجلة جاز وكأنه أجل نفس الحق) لأنه لا يمكن جعله معاوضة لأن بيع الدراهم بمثلها نسيئة لا يجوز فحملناه على التأخير (ولو صالحه على دنانير إلى شهر لم يجوز) لأن الدنانير غير مستحقة بعقد المدائنة فلا يمكن حمله على التأخير ، ولا وجه له سوى المعاوضة ، وبيع الدراهم بالدنانير نسيئة لا يجوز فلم يصح الصلح (ولو كانت له ألف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة لم يجوز) لأن المعجل خير من المؤجل وهو غير مستحق بالعقد فيكون بإزاء ما حطه عنه ،

يحمل على بيع الصرف وهو معاوضة ، وإن كان هو من جنس ما هو مستحق بعقد المدائنة فيعد ذلك ينظر إن كان مؤجلا بطل الصلح وإلا فلا ، ألا ترى أنه لو كان عليه ألف درهم سود حالة فصالحه على ألف درهم بخية إلى أجل لا يجوز . والبخية : اسم لما هو أجود من السود ، ولكن كل منهما من جنس الدراهم ، وإنما لم يجوز في هذه الصورة لأن هذه مصارفة إلى أجل ، والصرف إلى أجل باطل انتهى كلامه . أقول : فيه بحث ، لأن قوله في رواية الكتاب وهو مستحق بعقد المدائنة يخرج ما يمكن حمله على بيع الصرف ، فإن ما يمكن حمله على بيع الصرف عند أهل الشرع مما وقع عليه الصلح ليس مما هو مستحق بعقد المدائنة ، وما هو مستحق بعقد المدائنة ليس مما يمكن حمله على بيع الصرف عندهم ، يشهد بذلك كله الأمثلة المذكورة في المسائل وأدلتها المفصلة فيه . وأما المثال الذي ذكره بقوله ألا ترى أنه لو كان عليه ألف درهم سود حالة فصالحه على ألف درهم بخية إلى أجل لا يجوز فمعزل عما نحن فيه بمراحل ، لأنه ليس مما هو مستحق بعقد المدائنة ولا مما يمكن حمله على بيع الصرف . أما الأول فلأن البخية أجود من السود ففيها زيادة وصف وهي غير مستحقة بعقد المدائنة بالسود ، وإنما المستحق به السود لا غير . وأما الثاني فلأن الأجل يمنع عن الحمل على بيع الصرف كما اعترف به نفسه حيث قال : وإنما لم يجوز في هذه الصورة لأن هذه مصارفة إلى أجل ، والصرف إلى أجل باطل (قوله وهذا لأن تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما أمكن ، ولا وجه لتصحيحه معاوضة لإفضائه إلى الربا) أقول : لقائل أن يقول : إنما يفرض إلى الربا لو جعل المصالح عليه وهو خمسمائة عوضا عن مجموع الألف المدعى ، وأما إذا جعل عوضا يساويه من بعض المدعى وهو الخمسمائة بناء على أن الديون تقضى بأمثالها لأباعتها فلا إفضاء إلى الربا ، فما بالهم حملوا الصلح في مثل ذلك على أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه ، ولم يحملوا على أنه صارف بعض حقه وأسقط

المسلم على الصلح (كمن له على آخر ألف درهم) جيات حالة من ثمن متاع باعه (فصالحه على خمسمائة ، وكمن له على آخر ألف درهم جيات فصالحه على خمسمائة زبوف فإنه يجوز لأن تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما أمكن ، ولا وجه لتصحيحه معاوضة لإفضائه إلى الربا فجعل إسقاط للبعض في المسئلة الأولى ، وللبعض والصفة في الثانية . ولو صالح عنها على ألف مؤجلة صح) ويحمل على التأخير الذي فيه معنى الإسقاط لأن في جعله معاوضة بيع الدراهم بمثلها نسيئة وهو ربا ، فإن لم يمكن حمله على إسقاط الباقي ، كما إذا صالح عنها على دنانير مؤجلة بطل الصلح ، لأن الدنانير غير مستحقة بعقد المدائنة فيحمل على التأخير فتعين جعله معاوضة ، إذ التصرف في الديون في مسائل الصلح لا يخرج عن أحد هذين الوجهين ، وفي ذلك بيع الدراهم بالدنانير نسيئة فلا يجوز (وكذا إذا كان له ألف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة) فإنه لا يمكن حمله على الإسقاط (لأن المعجل) لم يكن مستحقا بالعقد حتى يكون استيفاءه استيفاء لبعض حقه وهو (خير من النسيئة) لا محالة فيكون خمسمائة في مقابلة خمسمائة

(قوله فيحمل على التأخير) أقول : بالنصب .

وذلك اعتياض عن الأجل وهو حرام (وإن كان له ألف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجوز) لأن البيض غير مستحقة بعقد المداينة وهي زائدة وصفا فيكون معاوضة الألف بخمسمائة وزيادة وصف وهو ربا ، بخلاف ما إذا صالح عن الألف البيض على خمسمائة سود حيث يجوز لأنه إسقاط كاله قدره ووصفا . وبخلاف ما إذا صالح على قدر الدين وهو أجود لأنه معاوضة المثل بالمثل . ولا معتبر بالصفة إلا أنه يشترط القبض في المجلس ، ولو كان عليه ألف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم حالة أو إلى شهر صرح الصلح لأنه أمكن أن يجعل إسقاطا للدنانير كلها والدراهم إلا مائة وتأجيلا للباقي فلا يجعل معاوضة نصحيحا للعقد أو لأن معنى الإسقاط فيه ألزم . قال (ومن له على آخر ألف درهم فقال أدّ إلى غدا منها خمسمائة على أنك برىء من الفضل ففعل فهو برىء ، فإن لم يدفع إليه الخمسمائة غدا عاد عليه الألف وهو قول أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : لا يعود عليه) لأنه إبراء مطلق ؛ ألا ترى أنه جعل أداء الخمسمائة عوضا حيث ذكره بكلمة على وهي للمعاوضة .

باقية حتى لم يشترطوا القبض في المجلس وجوزوا التأجيل فنأمل في الجواب (قوله ومن له على آخر ألف درهم فقال أدّ إلى غدا منها خمسمائة على أنك برىء من الفضل ففعل فهو برىء) قال صاحب العناية : قيل معناه : فقبل فهو برىء في الحال ، ويجوز أن يكون معناه فأدّى إليه ذلك غدا فهو برىء من الباقي انتهى . أقول : لا يذهب على القطن أن قوله فإن لم يدفع إليه الخمسمائة غدا عاد إليه الألف يأبى المعنى الثاني ويناسب المعنى الأول ، لأن عود الألف إليه يقتضي تحقق البراءة عنه أولا ، لكن يمكن توجيهه على المعنى الثاني أيضا بأنه لاشك أن البراءة الموقوفة على أداء الخمسمائة إليه غدا متحققة أولا ، وإن لم تتحقق البراءة المقطوعة إلا بأداء ذلك إليه غدا ففما إذا لم يدفع ذلك إليه غدا يصبح أن يقال عاد إليه الألف نظرا إلى تحقق البراءة الموقوفة من قبل ، فإن نصف الألف قد خرج ملكه خروجا موقوفا على أداء نصفه الآخر إليه غدا ، فإذا لم يؤدّ إليه ذلك غدا عاد إليه الألف كما كان ، وأما جعل العود مجازا عن البقاء كما كان كما فعله بعض الفضلاء فما لا تقبله القطر السليمة (قوله ألا ترى أنه جعل أداء الخمسمائة عوضا حيث ذكره بكلمة على وهي للمعاوضة) قلت : الباء في بكلمة على في قوله حيث ذكره بكلمة على للمقابلة كما في قولك بعث هذا

مثله من الدين (و) صفة (التعميل في مقابلة الباقي وذلك اعتياض عن الأجل وهو حرام) روى أن رجلا سأل ابن عمر رضي الله عنهما فتناه عن ذلك ، ثم سأله فقال : إن هذا يريد أن أطعمه الربا . وهذا لأن حرمة ربا النساء ليست إلا لشبهة مبادلة المال بالأجل ، فحقيقة ذلك أولى بذلك (ولو كان له ألف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجوز ، ولو كانت بالعكس جاز) والأصل أن المستوفى إذا كان أدون من حقه فهو إسقاط كما في العكس ، وإن كان أزيد قدرا أو وصفا فهو معاوضة (لأن الزيادة غير مستحقة له) فلا يمكن جعله استيفاء (فيكون معاوضة الألف بخمسمائة وزيادة وصف وهو ربا) فإن قيل : إذا كان حقه ألف درهم نهجرة فصالحه على ألف درهم بخية (١) نقد بيت المال فهو أجود من النهجرة وجاز الصلح والزيادة موجودة . أجاب بقوله (وبخلاف ما إذا صالح) على قدر الدين وهو أجود لأنه معاوضة المثل بالمثل ولا معتبر بالصفة إلا أنه يعتبر القبض في المجلس) وحاصله أن الجوده إذا وقعت في مقابلة مال كان ربا كالمسئلة الأولى فإنها قبلت بخمسمائة من السود وهو ربا ، وأما إذا لم يقع فذلك صرف والجيد والردىء فيه سواء يدا بيد (ولو كان عليه ألف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم حالة أو مؤجلة صح لأنه أمكن جعله إسقاطا للدنانير كلها والدراهم إلا مائة) إن كانت حالة وإسقاطا لذلك (وتأجيلا للباقي) إن كانت مؤجلة (تصحيحا للعقد أو لأن معنى الإسقاط فيه ألزم) لأن مبنى الصلح على الخطيئة والخط هاهنا أكثر فيكون الإسقاط ألزم من معنى المعاوضة . قال (ومن له على آخر ألف درهم الخ) ومن له على آخر ألف درهم حالة فقال أدّ إلى غدا

(قوله كما في العكس) أقول : ناظر إلى قوله ولو كانت بالعكس .

(١) بخية بتشديد الخاء والياء : نسبة إلى بغي أمير ضربها ، وانظر اللسان ، كتبه مصححه .

والأداء لا يصح عوضا لكونه مستحقا عليه فجري وجوده مجرى عدمه فبقى الإبراء مطلقا فلا يعود كما إذا بدأ بالإبراء . ولهما أن هذا إبراء مقيد بالشرط فيفوت بفواته لأنه بدأ بأداء الخمسائة في الغد وأنه يصلح غرضا حذار إفلاسه وتوسلا إلى تجارة أربح منه ، وكلمة على إن كانت للمعاوضة فهي محتمة للشرط لوجود معنى المقابلة فيه فيحمل عليه عند تعذر الحمل على المعاوضة تصحيحا لتصرفه أو لأنه متعارف ،

بهذا ، فالعنى حيث ذكر أداء الخمسائة بمقابلة كلمة على التي للمعاوضة فلا حاجة إلى ما محل به بعض الفضلاء في توجيه قوله حيث ذكره بكلمة على حيث قال : أى في المعنى ، وإلا ففي اللفظ دخل كلمة على في الإبراء دون الأداء انتهى . فكأنه حمل الباء على الإلصاق فأخذ منه الدخول في الأداء فاحتاج إلى التكلف ، وفيما ذكرناه مندوحة عن ذلك (قوله والأداء لا يصلح عوضا لكونه مستحقا عليه) قال صاحب العناية في شرحه : والأداء لا يصلح عوضا لأن حدّ المعاوضة أن يستفيد كل واحد ما لم يكن قبلها ، والأداء مستحق عليه لم يستفد به شيء لم يكن انتهى . وردّ عليه بعض الفضلاء قوله ، والأداء مستحق عليه لم يستفد به شيء لم يكن حيث قال فيه شيء بل يستفاد به البراءة . أقول : ليس هذا بشيء لأن مراد صاحب العناية أنه لم يستفد بالأداء شيء في جانب الدائن ، والبراءة إنما تستفاد في جانب المدين ، وحدّ المعاوضة أن يستفيد كل واحد ما لم يكن قبلها ، فإذا لم يستفد في جانب الدائن شيء لم يتحقق حدّ المعاوضة فتم المطلوب (قوله أو لأنه متعارف) قال صاحب العناية : قوله أو لأنه متعارف معطوف على قوله لوجود المقابلة : يعنى أن حمل كلمة على على الشرط لأحد معنيين : إما لوجود المقابلة وإما لأن مثل هذا الشرط في الصلح متعارف . أقول : فيه نظر ، لأن المعنى الثاني لا يكون علة لحمل كلمة على

منها خمسمائة على أنك برىء من الفضل ففعل فهو برىء في الحال ، ويجوز أن يكون معناه : فأدى إليه ذلك غدا فهو برىء من الباقي ، فإن لم يدفع إليه غدا خمسمائة عاد الألف كما كان في قول أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : لا يعود عليه لأنه إبراء مطلق إذ ليس فيه ما يقيده ، ألا ترى أنه جعل أداء الخمسمائة عوضا حيث ذكره بكلمة المعاوضة وهي على ، والأداء لا يصلح عوضا ، لأن حدّ المعاوضة أن يستفيد كل واحد ما لم يكن قبلها والأداء مستحق عليه لم يستفد به شيء لم يكن فجري وجوده : أى وجود جعل الأداء عوضا مجرى عدمه فبقى الإبراء مطلقا وهو لا يعود كما إذا بدأ بالإبراء بأن قال أبرأتك عن خمسمائة من الألف على أن تؤدى غدا خمسمائة . ولهما أن هذا إبراء مقيد بالشرط والمقيد بشرط يفوت بفواته : أى عند فواته ، فإن انتفاء الشرط ليس علة لانتفاء المشروط عندنا لكنه عند انتفائه فات لبقائه على العدم الأصلي وموضعه أصول الفقه ، وإنما قلنا إنه مقيد بالشرط لأنه بدأ بأداء خمسمائة في الغد وأنه يصلح غرضا حذار إفلاسه أو توسلا إلى تجارة أربح فصالح أن يكون شرطا من حيث المعنى ؛ وكلمة على وإن كانت للمعاوضة لكن تحتل معنى الشرط لوجود معنى المقابلة فيه ، فإن فيه مقابلة الشرط بالجزاء كما كان بين العوضين ، وقد تعذر العمل بمعنى المعاوضة فتحتمل على الشرط تصحيحا لتصرفه وكأنه منهما قول بموجب العلة : أى سلمنا أنه لا يصح أن يكون مقيدا بالعوض لكن لا يثنى أن يكون مقيدا بوجه آخر وهو الشرط (قوله أو لأنه متعارف) معطوف على قوله لوجود المقابلة : يعنى أن حمل كلمة على على الشرط لأحد معنيين : إما لوجود المقابلة وإما لأن مثل هذا الشرط في الصلح متعارف بأن يكون تعجيل البعض مقيدا لإبراء الباقي ، والمعروف عرفا كالمشروط شرطا

(قوله ففعل فهو برىء ، قيل معناه فقبل الخ) أقول : فالفعل مجاز عن التزامه في الدين (قوله ويجوز أن يكون معناه ، إلى قوله : عاد الألف) أقول : فيكون العود مجازا عن البقاء كما كان إلا أن مقتضى كلمة عاد هو المعنى الأول ، ويدل عليه ما سيذكره في الفرق بين التعليق والتقييد (قوله حيث ذكره بكلمة المعاوضة وهي على) أقول : أى في المعنى ، وإلا ففي اللفظ دخل كلمة على في الإبراء دون الأداء (قوله والأداء مستحق عليه لم يستفد به شيء) أقول : فيه شيء ، بل يستفاد به البراءة . والأظهر لم يستفد بشيء ، ثم قوله والأداء مستحق عليه : معناه في كل وقت (قوله فجري وجوده : أى وجود جعل الأداء الخ) أقول : الأول أن يقال المراد وجوده لفظا (قوله يعنى أن حمل كلمة على ، إلى قوله : متعارف) أقول : تأمل هل يمكن ملاحظة المعنى الثاني بدون الأول ، والأقرب أن يحمل عطا على قوله تصحيحا لتصرفه .

والإبراء مما يتقيد بالشرط وإن كان لا يتعلق به كما في الحوالة . وستخرج البداءة بالإبراء إن شاء الله تعالى .

على الشرط ، لأنها لما كانت موضوعاً للمعاوضة لم يصح حملها على غيرها ما لم يوجد بينهما علاقة المجاز . ولا يخفى أن كون مثل هذا الشرط في الصلح متعارفاً لا يجدي مناسبة بين ما وضعت له كلمة على وبين هذا الشرط حتى تصلح علاقة للمجاز ، بخلاف المعنى الأول فإن اشتراك المعاوضة والشرط في معنى المقابلة مناسبة مصححة للتجوز . نعم يكون المعنى الثاني علة مرجحة للتجوز بعد أن ثبتت العلة المصححة له ، لكن الكلام في كونه علة مستقلة لحملها على المجاز وذلك لا يتصور إلا بكونه علة مصححة للتجوز كالأول وليس فليس . ثم أقول : الأقرب أن يكون قوله أو لأنه متعارف معطوفاً على الأقرب وهو قوله تصحيحاً لتصرفه ، وإن كان الظاهر من كلام كثير من الشراح أن يكون معطوفاً على ما ذكره صاحب العناية ؛ فعني كلام المصنف : فتحمل كلمة على على الشرط عند تعدد حملها على المعاوضة لتصحيح تصرف العاقل ، أو لأن مثل هذا الشرط في الصلح متعارف ؛ فيكون قوله لوجود معنى المقابلة بياناً للعلاقة المصححة للتجوز ويكون قوله تصحيحاً لتصرفه ، وقوله أو لأنه متعارف بياناً للعلة المرجحة للحمل على المجاز بوجهين فينتظم اللفظ والمعنى (قوله والإبراء مما يتقيد بالشرط وإن كان لا يتعلق به كما في الحوالة) قال صاحب العناية : قوله كما في الحوالة متعلق بقوله يفوت بفواته : يعني أنه لما كان مقيداً بشرط يفوت بفواته كان كالحوالة . فإن براءة المحيل مقيدة بشرط السلامة حتى لو مات المحال عليه مفلساً عاد الدين إلى ذمة المحيل انتهى . أقول : لا يخفى على ذي مسكة أن جعل قوله كما في الحوالة متعلقاً بقوله يفوت بفواته مع تحقق الحمل الكثيرة الفاصلة بينهما بعيد عن سنن الصواب عند المحال الواضح لجعله متعلقاً بما يتصل به وهو قوله والإبراء إنما يتقيد بالشرط وإن كان لا يتعلق به ، وعن هذا قال صاحب

فصار كما لو قال : إن لم تنقد غداً فلا صلح بيننا (قوله والإبراء مما يتقيد بالشرط وإلا كان لا يحتمل التعليق به) جواب عما يقال تعليق الإبراء بالشرط مثل أن يقول لغريم أو كفيل إذا أدبت أو متى أدبت أو إن أدبت إلى خمسين فأنت بريء من الباقي باطل بالاتفاق ، والتقييد بالشرط هو التعليق به فكيف كان جائزاً ؟ ووجهه أنهما متغايران لفظاً ومعنى . أما لفظاً فهو أنه التقيد بالشرط لا يستعمل فيه لفظ الشرط صريحاً والتعليق به يستعمل فيه ذلك . وأما معنى فلأن في التقيد به الحكم ثابت في الحال على عرضية أن يزول إن لم يوجد الشرط ، وفي التعليق به الحكم غير ثابت في الحال وهو بعرضية أن يثبت عند وجود الشرط ، والفقه في ذلك أن في الإبراء معنى الإسقاط والتعليق . أما الأول فلأنه لا تتوقف صحته على القبول كما في الطلاق والعقار والعفو عن القصاص . وأما الثاني فلأنه يرتد بالرد كما في سائر التعليلات ، وتعليق الإسقاط المحض جائز كتعليق الطلاق والعقار بالشرط ، وتعليق التعليق به لا يجوز كالبيع والهبة لما فيه من شبهة القمار الحرام . والإبراء له شبهة بهما فوجب العمل بالشبهين بقدر الإمكان . فقلنا : لا يحتمل التعليق بالشرط عملاً بشبه التعليق ، وذلك إذا كان يحرف الشرط ، ويحتمل التقيد به عملاً بشبه الإسقاط وذلك إن لم يكن ثم حرف شرط ، وليس فيما نحن فيه حرف شرط فكان مقيداً بشرط والمقيد به يفوت عند فواته كما مر (قوله كما في الحوالة) متعلق بقوله يفوت بفواته : يعني أنه لما كان مقيداً بشرط يفوت بفواته كان كالحوالة ، فإن براءة المحيل مقيدة بشرط السلامة حتى لو مات المحال عليه مفلساً عاد الدين إلى ذمة المحيل . وقوله (وستخرج البداءة بالإبراء) وعد بالجواب عما قال أبو يوسف كما إذا بدأ بالإبراء . وإذا تأملت ما ذكرت لك في هذا الوجه ظهر لك وجه الوجوه الباقية . قال صاحب النهاية في حصر الوجوه على خمسة : إن رب الدين في تعليق الإبراء بأداء البعض لا يخلو إما أن يبدأ بالأداء أولاً ، فإن بدأ به فلا يخلو ، إما أن يذكر معه بقاء الباقي على المديون صريحاً عند عدم الوفاء بالشرط أولاً ، فإن لم يذكره فهو الوجه الأول وإن ذكره فهو الوجه الثاني ، وإن لم يبدأ بالأداء فلا يخلو إما أن يبدأ بالإبراء أولاً ، فإن بدأ به فهو الوجه الثالث ، وإن لم يبدأ

(قوله وإن ذكره فهو الوجه الثاني) أقول : فإن قيل : لم يبدأ في الوجه الثاني بالأداء بل بالمصالحة ، فلا معنى لجمله قسمياً ما بدئ فيه بالأداء . قلنا : ذلك مبني على اتعاده مع ما بدئ فيه بالأداء حكماً فليتأمل .

قال العبد الضعيف : وهذه المسئلة على وجوه : أحدها ما ذكرناه . والثاني إذا قال صاحبتك من الألف على خمسمائة تدفعها إلى غدا وأنت برىء من الفضل على أنك إن لم تدفعها إلى غدا فالألف عليك على حاله . وجوابه أن الأمر على ما قال لأنه أتى بصريح التقييد فيعمل به . والثالث إذا قال أبرأتك من خمسمائة من الألف على أن تعطيني الخمسمائة غدا والإبراء فيه واقع أعطى الخمسمائة أو لم يعط لأنه أطلق الإبراء أولا ، وأداء الخمسمائة لا يصلح عوضا مطلقا ولكنه يصلح شرطا فوقع الشك في تقييده بالشرط فلا يتقيد به ،

النهاية في شرح قوله كما في الحوالة : يعنى أن البراءة مما يتقيد بالحوالة ، لأن الحوالة على نوعين : مطلقة ، ومقيدة . وقال صاحب الكافي في تقرير هذا المقام : والإبراء يتقيد بالشرط وإن لم يتعلق به كالحوالة فإنها مقيدة بشرط السلامة حتى لو مات المحتال عليه مفلسا يعود الدين إلى ذمة المحيل انتهى . وعلى هذا المنوال شرح جمهور الشراح هذا المقام ولم أر أحدا ذهب إلى كون قوله كما في الحوالة متعلقا بقوله فيفوت بفواته سوى صاحب العناية . والعجب منه أن ما صورّه من المعنى لا يساعد ما ذهب إليه بل يناسب خلاف ذلك فإنه قال : يعنى أنه لما كان مقيدا بشرط يفوت بفواته كان كالحوالة ، فإن براءة المحيل مقيدة بشرط السلامة . ولا يخفى على الفطن أن قوله لما كان مقيدا بشرط كان كالحوالة ، وقوله فإن براءة المحيل مقيدة بشرط السلامة إنما يناسب كون قوله كما في الحوالة متعلقا بقوله والإبراء مما يتقيد بالشرط ، وإنما المساعد لما ذهب إليه أن يقال : يعنى أن الإبراء لما كان قائما بفوات الشرط كان كالحوالة فإنها تفوت بفوات شرط السلامة ، على أن فوات الشيء بفوات الشرط فرع لصحة تقيد ذلك الشيء بالشرط وليس بأصل مستقل في الكلام فكيف يحسن تعلق قوله كما في الحوالة بذلك دون أصله ، تبصر ترشد (قوله قال العبد الضعيف : وهذه المسئلة على وجوه) قال صاحب النهاية : أى وجوه خمسة : فوجه الحصر فيها هو أن رب الدين في تعليق الإبراء بأداء بعض الدين لا يخلو إما أن يبدأ بالأداء أم لا ، فإن بدأ به فلا يخلو إما أن يذكر معه بقاء الباقي على المدينين صريحا عند عدم الوفاء بالشرط أم لا . فإن لم يذكره فالوجه الأول وإن ذكره فالوجه الثاني ، وإن لم يبدأ بالأداء فلا يخلو إما أن يبدأ بالإبراء أم لا . فإن بدأ فالوجه الثالث ، وإن لم يبدأ بالإبراء فلا يخلو إما أن يبدأ بحرف الشرط أم لا ، فإن لم يبدأ فالوجه الرابع ، وإن بدأ فالوجه الخامس انتهى كلامه . وهكذا ذكر وجوه الحصر في العناية أيضا نقلا عن صاحب النهاية . أقول : فيه إشكال ، أما أولا فلأنه جعل الوجه الثاني قسما مما بدأ بالأداء مع أنه لم يبدأ فيه بالأداء بل بدأ فيه بالمصالحة ، وأما ثانيا فلأنه جعل الوجه الرابع قسما مما لم يبدأ بالأداء مع أنه بدأ فيه بالأداء كما ترى . ويمكن الجواب عن كل واحد منهما بنوع عناية . أما عن الأول فبأن يقال : إن البدء في الوجه الثاني وإن لم يكن بالأداء صورة إلا أنه كان به معنى ، لأن حاصل معناه أدّ إلى غدا خمسمائة من الألف وأنت برىء من الفضل على أنك إن لم تدفعها إلى غدا فالألف عليك على حاله ، فالمراد بأن يبدأ بالأداء أن بدأ به فيما يتم به وجه المسئلة ويمتاز عن سائر وجوهها . ولا يخفى أن الوجه الثاني يتم بما ذكرناه من حاصل

بالإبراء فلا يخلو إما أن يبدأ بحرف الشرط أو لا ، فإن لم يبدأ فالوجه الرابع وإن بدأ فهو الخامس . أما الوجه الأول فقد ذكرناه ، والوجه الثاني ظهر مما تقدم ، والثالث وهو الموعود باستخراج الجواب مبنى على أن الثابت أولا لا يزول بالشك ، فإذا قدم الإبراء حصل مطلقا ثم يذكر ما بعده وقع الشك ، لأنه إن كان عوضا فهو باطل لما تقدم فلم يزل به الإطلاق ، وإن كان شرطا يقيد به وزال الإطلاق ، فإذا وقع الشك لم يبطل به الثابت أولا ، وفي عكسها عكس ذلك . والرابع وجهه أنه إذا لم يؤقت للأداء وقتا ظهر أن أداء البعض لم يكن لغرض لكونه واجبا في مطلق الأزمان فلا يصلح أن يكون في معنى الشرط ليحصل به التقييد فلم يبق إلا جهة العوض ، وهو غير صالح لذلك كما تقدم . والخامس تعليق وقد تقدم أن الإبراء لا يحتمله فلا يكون صحيحا

(قوله فإن لم يبدأ فالوجه الرابع) أقول : فيه بحث ، لأن الوجه الرابع مما بدئ فيه بالأداء فكيف يجعل قسما مما لم يبدأ به ؟ لا يقال جعله قسما منه بناء على أنه لا يتغير الجواب إذا لم يبدأ به بل بدئ بالإبراء لأن الوجه الثاني أيضا كذلك كما يظهر من جامع الترمذ ، والله أعلم .

بمخلاف ما إذا بدأ بأداء خمسمائة لأن الإبراء حصل مقرونا به ، فمن حيث أنه لا يصلح عوضا يقع مطلقا ، ومن حيث أنه يصلح شرطا لا يقع مطلقا فلا يثبت الإطلاق بالشك فافترقا . والرابع إذا قال أدّ إلى خمسمائة على أنك برىء من الفضل ولم يوثقت للأداء وقتا . وجوابه أنه يصح الإبراء ولا يعود الدين لأن هذا إيراد مطلق . لأنه لما لم يوثقت للأداء وقتا لا يكون الأداء غرضا صحيحا لأنه واجب عليه في مطلق الأزمان فلم يتقيد بل يحمل على المعاوضة ولا يصلح عوضا ، بمخلاف ما تقدم لأن الأداء في الغد غرض صحيح . والخامس إذا قال إن أدّيت إلى خمسمائة أو قال إذا أدّيت أو متى أدّيت . فالجواب فيه أنه لا يصح الإبراء لأنه علقه بالشرط صريحا ، وتعلق البراءات بالشروط باطل لما فيها من معنى التملك حتى يرتد بالرد . بمخلاف ما تقدم لأنه ما أتى بصريح الشرط فحمل على التقيد به . قال (ومن قال لآخر لا أقرّ لك بمالك حتى تؤخره عنى أو تحط عنى ففعل جاز عليه) لأنه ليس بمكره ، ومعنى المسئلة إذا قال ذلك سرا ، أما إذا قال علانية يؤخذ به .

المعنى ويمتاز به عن سائر الوجوه . وأما المصالحة فإنها ذكرت فيه لمجرد التفصيل والإيضاح . وأما عن الثاني فبأن يقال : ليس المراد بالبدء بالأداء في وجه الحصر البدء بالأداء المطلق ، بل المراد به البدء بالأداء المؤقت . ولا يخفى أنه لم يبدأ في الوجه الرابع بالأداء المؤقت ، بل إنما بدأ فيه بالأداء المطلق فاستقام التقسيم . وأجاب بعض الفضلاء عن الإشكال الأول وجه آخر حيث قال : فإن قيل : لم يبدأ في الوجه الثاني بالأداء بل بالمصالحة فلامعنى بلعله قسما مما بدئ في الأداء . قلنا : ذلك مبنى على اتحاد مع مبادئ فيه بالأداء حكما فليتأمل انتهى . أقول : ليس هذا الجواب بشيء لأن اتحاده مع مبادئ فيه بالأداء حكما لا يقتضى ولا يجوز جعله مما بدئ فيه بالأداء ، إذ الاتحاد في الحكم لا يستلزم الاتحاد في الذات ولا في الصفات . كيف ولو جاز جعل الوجه الثاني مما بدئ فيه بالأداء بناء على اتحاد في الحكم مع مبادئ فيه بالأداء وهو الوجه الأول لحاز جعل ما لم يذكر معه بقاء الباقي على المديون صريحا عند عدم الوفاء بالشرط مما ذكر معه ذلك بناء على الاتحاد في الحكم أيضا . فلم يظهر وجه لحمل الوجه الأول والوجه الثاني قسمين مستقلين (قوله بمخلاف ما إذا بدأ بأداء خمسمائة لأن الإبراء حصل مقرونا به . فمن حيث أنه لا يصلح عوضا يقع مطلقا ، ومن حيث أنه يصلح شرطا لا يقع مطلقا فلا يثبت الإطلاق بالشك فافترقا) أقول : فيه بحث . لأن هذا وإن أفاد الفرق بين الوجهين إلا أنه يناق ما تقرر في التعليل المذكور من قبل أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله في الوجه الأول . لأنه كما لا يثبت الإطلاق بالشك لا يثبت الشرط به أيضا فيلزم أن لا يثبت تقيد الإبراء بالشرط في ذلك الوجه ، إذ لم يثبت تقيد به أولا هناك كما ثبت إطلاقه أولا في الوجه الثالث حتى لا يزول بالشك ، بل إن أخذ التقيد هناك فإنما يؤخذ من مقارنة الإبراء بالأداء ، وإذا كان الأداء مترددا بين ما يقتضى الإطلاق وما يقتضى التقيد كما ذكره هاهنا كان تقيد به بالشرط مشكوكا غير ثابت . وقد جزم في التعليل المذكور هناك من قبلهما بكون الإبراء مقيدا بالشرط في ذلك الوجه وبين ذلك بما لا مزيد عليه فكان بين الكلامين تناف فليتأمل في التوفيق .

(ومن قال لآخر لا أقرّ لك بمالك على حتى تؤخره عنى أو تحط عنى بعضه ففعل) أى أخر أو حط (جاز عليه) أى نفذ هذا التصرف على رب الدين فلا يتمكن من المطالبة في الحال إن أخر وأبدا إن حط (لأنه ليس بمكره) لم تكنه من إقامة البيئة أو التحليف . لا يقال : هو مضطر فيه لأنه إن لم يفعل لم يقر ، لأن تصرف المضطر كتصرف غيره ، فإن من باع عينا بطعام يأكله لجوع قد اضطر به كان بيعه نافذا (ومعنى المسئلة إذا قال ذلك سرا ، أما إذا قال علانية يؤخذ) المقر (بجميع المال) في الحال .

(فصل في الدين المشترك)

قال (وإذا كان الدين بين شريكين فصالح أحدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار ، إن شاء اتبع الذي عليه الدين بصفة ، وإن شاء أخذ نصف الثوب إلا أن يضمن له شريكه ربع الدين) وأصل هذا أن الدين المشترك بين اثنين إذا قبض أحدهما شيئاً منه فلصاحبه أن يشاركه في المقبوض لأنه ازداد بالقبض ، إذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض ، وهذه الزيادة راجعة إلى أصل الحق فتصير كزيادة الولد والثرثرة وله حق المشاركة ، ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض ،

(فصل في الدين المشترك)

. أخر بيان حكم الدين المشترك عن المفرد لأن المركب يتلو المفرد (قوله وأصل هذا أن الدين المشترك بين اثنين إذا قبض أحدهما شيئاً منه فلصاحبه أن يشاركه في المقبوض) قال في النهاية : وأما إذا أخذ بمقابلة نصيبه ثوباً ليس لصاحبه أن يشاركه في المقبوض بل الخيار للقابض على ما ذكرنا من تنصيص رواية المبسوط وإشارة رواية الكتاب انتهى . أقول : فلنأخذ أن يقول : إذا كان قبض أحد الشريكين في الدين شيئاً من الدين مخالفاً لأخذ أحدهما ثوباً بمقابلة نصيبه في حكم المشاركة في المقبوض لم يتحقق اتحاد في الحكم بين مسئلة ما إذا قبض أحد الشريكين في الدين شيئاً من الدين وبين مسئلة الكتاب ، فلم يظهر لجعل الأولى أصلاً للثانية كما فعله المصنف وغيره جهة حسن ، وإنما يظهر حسن ذلك فيما إذا صالح أحدهما من نصيبه على دراهم أو دنانير كما ذكرت هذه الصورة أيضاً في المبسوط وما نحن فيه ليس من ذلك (قوله وله حق المشاركة) قال بعض الفضلاء : الظاهر إسقاط لفظ الحق ، فإن المتحقق في الولد والثرثرة حقيقتها لاحقها انتهى . أقول : بل الحق إقحام لفظ الحق ، لأن الضمير في وله عائد إلى صاحب الشريك القابض في الدين المشترك لا إلى أحد الشريكين في كل شيء ، وليس له حقيقة المشاركة في المقبوض وإلا لما نفذ تصرف القابض فيه قبل المشاركة ، وإنما له حق المشاركة فيه ، فلأسقط لفظ الحق هاهنا عسى يتوهم أن يكون له حقيقة المشاركة كما في الولد والثرثرة فأقحم لفظ الحق دفعا لذلك التوهم (قوله ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض)

(فصل في الدين المشترك)

أخر بيان حكم الدين المشترك عن المفرد لأن المركب يتلو المفرد . قال (وإذا كان الدين بين الشريكين (الخ) إذا كان الدين بين الشريكين فصالح أحدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار إن شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه ، وإن شاء أخذ نصف الثوب من الشريك ، إلا أن يضمن له شريكه ربع الدين فإنه لا خيار لشريكه في اتباع الغريم أو شريكه القابض ، وأصل هذا أن الدين المشترك بين اثنين إذا قبض أحدهما منه شيئاً فلصاحبه أن يشاركه في المقبوض وهو الدراهم أو الدنانير أو غيرها ،

(فصل في الدين المشترك)

(قوله بنصفه) أقول : يعنى بنصف الدين (قوله إلا أن يضمن له شريكه ربع الدين فإنه لا خيار لشريكه الخ) أقول : إشارة إلى أن الاستثناء من قوله فشريكه بالخيار . قال صاحب النهاية والإتقاني : الاستثناء من قوله فشريكه بالخيار اه . والظاهر من تقرير الكافي أنه استثناء من قوله إن شاء أخذ منه نصف الثوب فإنه قال : إذا كان الدين بين شريكين فصالح أحدهما بنصيبه على ثوب فشريكه بالخيار إن شاء أخذ منه نصف الثوب إلا أن يضمن له شريكه ربع الدين وإن شاء اتبع غريمه بنصف الدين اه . فتأمل في الترجيح . وفي الكفاية : استثناء من قوله إن شاء أخذ نصف الثوب ، فإن الشريك إذا ضمن له ربع الدين لا يبقى للساكن ولاية الشركة في الثوب ، ويجوز أنه يكون من قوله إن شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه ، فإن الشريك إذا ضمن له نصف المقبوض لا يبقى له ولاية الرجوع بنصف الدين بل يرجع بربعه ،

لأن العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه حتى ينفذ تصرفه فيه ويضمن لشريكه حصته ، والدين المشترك يكون واجبا بسبب متحد كثن المبيع إذا كان صفقة واحدة وثن المال المشترك والموروث بينهما وقيمة المستهلك المشترك . إذا عرفنا هذا فنقول في مسألة الكتاب : له أن يتبع الذي عليه الأصل لأن نصيبه باق في ذمته لأن القابض قبض نصيبه لكن له حق المشاركة . وإن شاء أخذ نصف الثوب لأن له حق المشاركة إلا أن يضمن له شريكه ربع الدين لأن حقه في ذلك . قال (ولو استوفى نصف نصيبه من الدين كان لشريكه أن يشاركه فيما قبض) لما قلنا (ثم يرجعان على الغريم بالباقي) لأنهما لما اشتركا في المقبوض لا بد أن يبقى الباقي على الشركة . قال (ولو اشترى أحدهما بنصيبه من الدين سلعة كان لشريكه أن يضمه ربع الدين) لأنه صار قابضا حقه بالمقاصة كمالا ، لأن مبنى البيع على المماكسة بخلاف الصلح لأن مبناه على الإغماض والحطيطة ، فلو ألزمناه دفع ربع الدين يتضرر به فيتخير القابض كما ذكرنا ، ولا سبيل للشريك على الثوب

لأن العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه (قال الشراح قاطبة : هذا استدراك جواب سؤال مقدر ، وهو أن يقال : لو كانت زيادة الدين بالقبض كزيادة الثمرة والولد لما جاز تصرف القابض في المقبوض كما لا يجوز لأحد الشريكين التصرف في الثمرة والولد بغير إذن الآخر . أقول : نعم كذلك ، لكن يرد عليه أنه وإن تم جوابا عن ذلك

لأن الدين ازداد خيرا بالقبض ، إذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض وهذه الزيادة راجعة إلى أصل الحق فيصير كزيادة الولد والثمره وله حق المشاركة في ذلك ، فإن قيل : لو كانت زيادة الدين بالقبض كزيادة الثمرة والولد لما جاز تصرف القابض في المقبوض كما لا يجوز لأحد الشريكين التصرف في الولد والثمره بغير إذن الآخر . أجاب بقوله لكنه : أي المقبوض قبل أن يختار الشريك مشاركة القابض فيه باق على ملك القابض ، لأن العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه وينفذ تصرفه ويضمن لشريكه حصته ، وعرف الدين المشترك بأنه الذي يكون واجبا بسبب متحد كثن مبيع صفقة واحدة بأن كان لكل منهما عين على حدة فباعا صفقة واحدة وثن مال مشترك وموروث مشترك وقيمة مشترك مشترك . وقيد الصفقة بالوحدة احترازا عما إذا كان عبد بين رجلين باع أحدهما نصيبه من رجل بخمسمائة وباع الآخر نصيبه منه بخمسمائة وكتب عليه صكا واحدا بألف درهم ثم قبض أحدهما منه شيئا لم يكن للآخر أن يشاركه فيه ، لأن نصيب كل واحد منهما وجب على المطلوب بسبب آخر فلا تثبت الشركة بينهما باتحاد الصك . قال صاحب النهاية : ثم ينبغي أن لا يكتفى بقوله إذا كان صفقة واحدة ، بل ينبغي أن يزداد على هذا ويقال : إذا كان صفقة واحدة بشرط أن يتساويا في قدر الثمن وصفته ، لأنهما لو باعا صفقة واحدة على أن نصيب فلان منه مائة ونصيب فلان خمسمائة ثم قبض أحدهما منه شيئا لم يكن للآخر أن يشاركه فيه ، لأن تفرق التسمية في حق البائعين كتفرق الصنف ، بدليل أن للمشتري أن يقبل البيع في نصيب أحدهما ، وكذلك لو اشترط أحدهما أن يكون نصيبه خمسمائة بخمسة ونصيب الآخر خمسمائة سود لم يكن للآخر أن يشاركه فيما قبضه ، لأن بالتسمية تفرقت وتميز نصيب أحدهما عن الآخر وصفا ، ولعل المصنف إنما ترك ذكره لأنه شرط الاشتراك وهو في بيان حقيقته . ولما فرغ من بيان الأصل قال (إذا عرفنا هذا) ونزل عليه مسألة الكتاب هذا إذا كان صالح على شيء ، ولو استوفى نصف نصيبه من الدين كان لشريكه أن يشاركه فيما قبض لما قلنا من الأصل ثم يرجعان بالباقي على الغريم ، لأنهما لما اشتركا في المقبوض لا بد من بقاء الباقي على ما كان من الشركة . قال (ولو اشترى أحدهما بنصيبه الخ) ولو اشترى أحدهما بنصيبه من الدين ثوبا كان لشريكه أن يضمه ربع الدين

والأحسن أن يكون من قوله فشريكه بالخيار إلا إذا ضمن له شريكه ربع الدين فحينئذ لا يبق له الخيار البتة اه (قال المصنف : وله حق المشاركة) أقول : الظاهر إسقاط لفظ الحق ، فإن المتحقق في الولد والثمره حقيقتها لاحقا .

في البيع لأنه ملكه بعقده والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين .

السؤال إلا أنه مناف لما تقرر آنفاً من أن لصاحبه حق المشاركة في المقبوض ، لأنه لما قال في تعليقه لأن العين غير الدين علم منه أن ما قبضه أحد الشريكين غير ما اشتركا فيه لآعنه . ولما قال وقد قبضه بدلاً عن حقه علم منه أن ما قبضه ليس بدلاً عن المشترك بينهما . كما أنه ليس عين ذلك بل هو بدل عن حصة القابض فقط فكيف يتصور أن يثبت للشريك الساكت حق المشاركة في المقبوض الذي ليس هو عين ما اشتركا فيه ولا بدلاً عنه فتأمل . ثم إن هذا مخالف لما ذكر في شرح الأقطع في تعليقه قوله وإن شاء أخذ نصف الثوب في جواب مسألة الكتاب بأن قال : لأن الصلح وقع على نصف الدين وهو مشاع . لأن قسمة الدين حال كونه في الذمة لا تصح . وحق الشركة متعلق بكل جزء من الدين فصار عوض الثوب نصفه من حقه فوقف على إجازته وأخذه النصف دلالة على إجازة العقد فصح ذلك وجاز ، فإن ضمن له شريكه ربع الدين لم يكن له على الثوب سبيل لأن حقه في الدين انتهى . فإن الظاهر منه أن يكون ما قبضه أحد الشريكين في الدين بدلاً من أحدهما معاً لا من حق القابض فقط (قوله والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين) هذا جواب عن سؤال مقدر : وهو أن يقال : هب أنه ملكه بعقده ولكن كان عقده ببعض دين مشترك ، وذلك يقتضي الاشتراك في المقبوض فكيف تقولون لاسبيل للشريك على الثوب في البيع ؟ فأجاب بأن الاستيفاء لم يقع بما هو مشترك بل بما يخصه من الثمن بطريق المقاصة . إذ البيع يقتضي ثبوت الثمن في ذمة المشتري ، بالإضافة إلى الغريم من نصيبه عند العقد لا تنافي ذلك لأن النقود عينا كانت أو ديناً لا تتعين في العقود ، كذا في عامة الشروح . قال صاحب النهاية بعد ذلك : فإن قيل : في هذا الجواب ورود سؤال آخر ، وهو أن قسمة الدين قبل القبض لا تصح وفي المقاصة بدين خاص يلزم قسمة الدين قبل القبض . قلنا : قسمة الدين قبل القبض إنما لا تجوز قصداً ، أما ضمناً فجائز . وهاهنا وقعت قسمة الدين في ضمن صحة الشراء كما وقعت في المسئلة الأولى في ضمن صحة المصالحة ، انتهى كلامه . وقد اختلفنا أثره صاحب معراج الدراية . وقال صاحب العناية بعد تقرير السؤال المقدور وجواب المصنف عنه : وإذا ظهرت المقاصة اندفع ما يتوهم من قسمة الدين قبل القبض لأنها لزمّت في ضمن المعاقدة فلا معتبر بها انتهى . أقول : في تحرير قول صاحب العناية قصور ، فإنه فرع اندفاع توهم قسمة الدين قبل القبض على ظهور المقاصة مع أن ذلك التوهم إنما نشأ من المقاصة ، إذ لو لم تتحقق المقاصة لزم الاشتراك في الثوب المقبوض في البيع أيضاً بناء على الاشتراك فيما أضيف إليه العقد من بعض الدين المشترك فلا تتوهم القسمة قبل القبض أصلاً ، ولهذا فرع غيره ورود السؤال بلزوم القسمة قبل القبض على تحقق المقاصة . ثم أقول : لا احتياج عندى هاهنا إلى التشبه بجواري القسمة قبل القبض ضمناً ، إذ لا وجه للتوهم المذكور أصلاً ، لأنه إن لم يكن للشريك الساكت سبيل على الثوب في البيع بناء على كون استيفاء الشريك القابض في البيع بالمقاصة كان له سبيل على ما استوفاه من الدين المشترك بالمقاصة حيث كان له أن يضمّن نصفه وهو ربع الدين ، فلا مجال لتوهم قسمة الدين قبل القبض ضرورة أن لاسبيل لأحد الشريكين على شيء مما استوفاه الآخر بعد وقوع القسمة ، لا يقال : تلك الضرورة في القسمة القصديّة دون الضمنيّة والمتوهم هاهنا مطلق قسمة الدين قبل القبض فلا بد من المصير إلى أن يقال : قسمة الدين قبل القبض قصداً غير لازمة ، وأما ضمناً فلازمة ولكنها جائزة

وليس الشريك مخيراً بين دفع ربع الدين ونصف الثوب كما كان في صورة الصلح ، لأنه استوفى نصيبه بالمقاصة بين ما لزمه بشراء الثوب وما كان له على الغريم كلاً : أي من غير حطيطة وإعماض ، لأن مبنى البيع على المماكسة ومثله لا يتوهم . الإعماض والحطيطة ، بخلاف الصلح لأن مبناه على ذلك ، فلو ألزمناه في الصلح تضمين ربع الدين البتة تضرر فيخير قابض كما ذكرنا من قوله إلا أن يضمّن له شريكه ، وليس للشريك على الثوب في صورة البيع سبيل لأنه ملكه بعقده . فإن قيل : هب أنه ملكه بعقده أما كان ببعض دين مشترك وذلك يقتضي الاشتراك في المقبوض ؟ أجاب بقوله (والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين) يعني أن الاستيفاء لم يقع بما هو مشترك بل بما يخصه من الثمن بطريق المقاصة ، إذ البيع يقتضي

(قوله أجاب بقوله والاستيفاء الخ) أقول : فيه تأمل ،

والشريك أن يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا لأن حقه في ذمته باق لأن القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله أن لا يشاركه ، فلو سلم له ما قبض ثم توى ما على الغريم له أن يشارك القابض لأنه رضى بالتسليم ليسلم له ما في ذمة الغريم ولم يسلم . ولو وقعت المقاصة بدين كان عليه من قبل لم يرجع عليه الشريك لأنه قاض بنصيبه لا مقتض . ولو أبرأه عن نصيبه فكذلك لأنه إلتلاف وليس بقبض : ولو أبرأه عن البعض كانت قسمة الباقي على ما بقى من السهام ، ولو أخر أحدهما عن نصيبه صح عند أبي يوسف اعتبارا بالإبراء المطلق .

لأننا نقول : تلك الضرورة ثابتة قطعا في القسمة الصحيحة بعد أن وقعت سواء كانت قصدية أو ضمنية . فلو سلم وقوع قسمة الدين قبل القبض ضمننا هاهنا واعترف بصحتها لزم أن لا يكون للشريك الساكت سبيل على ما استوفاه القابض من الدين المشترك بالمقاصة أيضا فلزم أن لا يضمه ربع الدين . وقد تقرر أن له أن يضمه ذلك فالمسلك الصحيح أن لا يسلم لزوم قسمة الدين قبل القبض فيما نحن فيه لا قصدا ولا ضمنا كما قررناه (قوله وللشريك أن يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا . لأن حقه في ذمته باق لأن القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله أن لا يشاركه) أقول : فيه كلام . وهو أنه إن كان حق الشريك الساكت باقيا في ذمة الغريم وكان ما استوفاه القابض نصيب نفسه حقيقة كان ثبوت حق المشاركة للساكت فيما استوفاه القابض مشكلا غير معقول المعنى . ثم إن هذا يخالف لما ذكر في غاية البيان وغيرها في صدر هذه المسائل من الأصل الصحيح المبرهن عليه بأن يقال : الأصل هنا أن الدين المشترك الذي يثبت بسبب واحد للشريكين إذا قبض أحدهما شيئا منه فالمقبوض من النصيبين . لأننا لو جعلناه من نصيب أحدهما لكنا قد قسمنا الدين حال كونه في الذمة ، وقسمة الدين حال كونه في الذمة لا تجوز . والدليل على ذلك هو أن القسمة تميز الحقوق ، وذلك لا يتأتى فيما في الذمة ، ولأن القسمة فيها معنى التملك لأن كل واحد من المقسمين يأخذ نصف حقه ويأخذ الباقي عوضا عما له في يد الآخر ، وتمليك الدين لغير من في ذمته لا يجوز ، فإذا ثبت هذا كان المقبوض من الحقين جميعا فكان لشريكه أن يأخذ نصف المقبوض بعينه انتهى فتأمل . قال صاحب العناية في تعليل قول المصنف فله أن لا يشاركه لثلاث ينقلب ماله ما عليه فإنه خلف باطل . أقول : فيه نظر ، لأنه يستلزم أن لا يثبت له حق المشاركة أصلا بل يتعين له عدم المشاركة ، وهذا ظاهر لزوما وبطلانا (قوله ولو وقعت المقاصة بدين كان عليه من قبل لم يرجع عليه الشريك لأنه قاض بنصيبه لا مقتض) أقول : فيه شيء ، وهو أنه يلزم في هذه المقاصة قسمة الدين قبل القبض وذا لا يجوز ، وليس

ثبوت الثمن في ذمة المشتري ، والإضافة إلى ما على الغريم من نصيبه عند العقد إن تحققت لاتتأني ذلك ، لأن النقود عينا كانت أو دينا لاتتبع في العقود . وإذا ظهرت المقاصة اندفع ما يتوهم من قسمة الدين قبل القبض لأنها لزم في ضمن المعاقدة فلا معتبر بها ، وأما الصالح فليس يلزم به في ذمة المصالح شيء تقع المقاصة به فتعين أن يكون المأخوذ من الدين المشترك فكان الشريك بسبيل من المشاركة فيه (ولاشريك أن يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا) من الصالح عن نصيبه على ثوب واستبقاء نصيبه بالنقود وشراء السلعة بنصيبه (لأن حقه في ذمة الغريم باق ، لأن القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله أن لا يشاركه) لثلاث ينقلب ماله عليه فإنه خلف باطل (فلو سلم الساكت للقابض ما قبض ثم توى ما على الغريم له أن يشارك القابض) في الفصول الثلاثة (لأنه رضى بالتسليم ليسلم له ما في ذمة الغريم ولم يسلم) كما إذا مات الحال عليه مفلسا فإن المحتال يرجع على الخيل لذلك ، وإذا كان على أحد الشريكين دين للغريم قبل الدين المشترك فأقر بذلك لم يرجع عليه الشريك لأنه قاض بنصيبه لا مقتض بناء على أن آخر الدينين قضاء عن أولهما ، إذ العكس يستلزم القضاء قبل الوجوب والقضاء لا يسبقه (ولو أبرأه عن نصيبه فكذلك لأنه إلتلاف وليس بقبض ، ولو أبرأه عن البعض كانت قسمة الباقي على ما بقى من السهام) حتى لو كان لهما على المديون عشرون درهما فأبرأ أحد الشريكين عن نصف نصيبه كانت المطالبة له بالخمس والساكت بالعشرة (ولو أخر أحدهما عن نصيبه صح عند أبي يوسف) خلافا لهما ، قال صاحب النهاية : ما ذكره من صفة الاختلاف يخالف لما ذكر في عامة

ولا يصح عندهما لأنه يؤدي إلى قسمة الدين قبل القبض . ولو غصب أحدهما عينا منه أو اشتراها شراء فاسدا وهلك في يده فهو قبض والاستئجار بنصيبه قبض ،

ها هنا عقد حتى تجوز في ضمنه كما قالوا في صورة البيع ، اللهم إلا أن تجعل نفس المقاصة نوع عقد أو شبهه عقد وتجوز قسمة الدين قبل القبض في ضمنها أيضا (قوله ولا يصح عندهما لأنه يؤدي إلى قسمة الدين قبل القبض) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام : وقال يلزم قسمة الدين قبل القبض لامتنياز أحد النصيبين عن الآخر باتصاف أحدهما بالحلول والآخر بالتأخير ، وقسمة الدين قبل القبض لا تجوز لأنه وصف شرعي ثابت في الذمة ، وذلك لا يتميز بعضه عن بعض . ولقائل أن يقول : بتأخير البعض هل يتميز أحد النصيبين عن الآخر أو لا ؟ فإن تميز بطل قولكم . وذلك لا يتميز بعضه عن بعض ، وإن لم يتميز بطل قولكم لامتنياز أحد النصيبين عن الآخر بكذا وكذا . والجواب عنه أن تأخير البعض فيه يستلزم التمييز بذكر ما يوجه فيما يستحيل ذلك فيه ؛ فغنى قوله لامتنياز أحد النصيبين لاستلزام التأخير الامتنياز . فإن قيل : فقد جوزوا إبراء أحدهما عن نصيبه ، وذكر الإبراء يوجب التمييز بكون بعضه مطلوبا وبعضه لا فيما يستحيل فيه ذلك . وأجيب بأن القسمة تقتضي وجود النصيبين ، وليس ذلك في صورة الإبراء بموجود فلا قسمة ، إلى هنا كلامه . أقول : في الجواب الثاني بحث ، لأن عدم تحقق القسمة في صورة الإبراء بسبب عدم تحقق مقتضاها لا يدفع السؤال الثاني ، لأن حاصله نقض ما ذكر في الجواب الأول بأن ذكر ما يوجب التمييز يتحقق في صورة الإبراء أيضا ، فلو استلزم مجرد ذلك قسمة الدين قبل القبض في صورة التأخير لاستلزمها في صورة الإبراء أيضا ، وأما عدم تحقق القسمة بسبب تخلف مقتضاها فأمر مشترك بين الصورتين ، لأن القسمة كما تقتضي وجود النصيبين كذلك تقتضي كون كل واحد من النصيبين قابلا للتمييز عن الآخر ، وتمييز بعض الدين عن بعض غير متصور فلا

الكتب حيث ذكر قول محمد مع قول أبي يوسف ، وذلك سهل لجواز أن يكون المصنف قد اطلع على رواية لمحمد مع أبي حنيفة وأبو يوسف اعتبر التأخير لكونه إبراء مؤقتا بالإبراء المطلق ، وقال : يلزم قسمة الدين قبل القبض لامتنياز أحد النصيبين عن الآخر باتصاف أحدهما بالحلول والآخر بالتأجيل ، وقسمة الدين قبل القبض لا تجوز لأنه وصف شرعي ثابت في الذمة ، وذلك لا يتميز بعضه عن بعض . ولقائل أن يقول بتأخير البعض هل يتميز أحد النصيبين عن الآخر أو لا ، فإن تميز بطل قولكم وذلك لا يتميز بعضه عن بعض ، وإن لم يتميز بطل قولكم لامتنياز أحد النصيبين عن الآخر بكذا وكذا . والجواب عنه أن تأخير البعض فيه يستلزم التمييز بذكر ما يوجه فيما يستحيل ذلك فيه ، فغنى قوله لامتنياز أحد النصيبين لاستلزام التأخير الامتنياز . فإن قيل : فقد يجوز إبراء أحدهما عن نصيبه وذكر الإبراء يوجب التمييز بكون بعضه مطلوبا وبعضه لا فيما يستحيل فيه ذلك . أجيب بأن القسمة تقتضي وجود النصيبين ، وليس ذلك في صورة الإبراء بموجود فلا قسمة . لا يقال : لو كان القسمة أمرا وجوديا لزم ما ذكرتم ، وإنما هي رفع الاشتراك أو الاتحاد أو ما شئت فسمه وذلك عدوى ، فلا نسلم أنها تقتضي وجود النصيبين . لأننا نقول : القسمة إفراز أحد النصيبين لتكميل المنفعة بما لا يشاركه فيه الآخر ، وذلك يقتضي وجودهما لا محالة ، وارتفاع الشركة من لوازمه والاعتبار للموضوعات الأصلية (ولو غصب أحدهما عينا منه أو اشتراه شراء فاسدا فهلك في يده فهو قبض) لأن ضمان المالك قصاص بقدره من الدين وهو آخر الدينين فيصير قضاء للأول ، وكذا إذا استأجر من الغريم بنصيبه دارا وسكنها فأراد شريكه اتباعه كان له ذلك لأنه صار مقتضيا نصيبه وقد قبض ماله حكم المال من كل وجه ، لأن ماعدا منافع البضع من المنافع جعل

(قوله والجواب عنه أن تأخير البعض فيه الخ) أقول : اختيار للشق الثاني ، ثم الضمير في قوله فيه راجع إلى الدين (قوله فإن قيل فقد يجوز إبراء أحدهما الخ) أقول : ويجوز أن يقرر السؤال بأن تصحيح الإبراء عن نصيبه يستلزم تميز الدين في ذمته قبل الإبراء ، وإلا فكيف تعلق الإبراء بنصيبه خاصة فليتأمل في جوابه (قوله أجيب بأن القسمة تقتضي الخ) أقول : ولو أجيب بأن المحال قسمة الدين فالذمة ولا يلزم ذلك في صورة الإبراء لم يحتج إلى ذلك التطويل (قوله لزم ما ذكرتم) أقول يعني من اقتضاء وجود النصيبين (قوله فلا نسلم أنها الخ) أقول : لعل هذا المنع خارج عن قانون التوجيه .

وكذا الإحراق عند محمد رحمه الله خلافاً لأبي يوسف رحمه الله. والتزوج به إتلاف في ظاهر الرواية. وكذا الصلح عليه من جنابة العمد. قال (وإذا كان السلم بين شريكين فصالح أحدهما من نصيبه على رأس المال لم يجوز عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله. وقال أبو يوسف رحمه الله : يجوز الصلح) اعتباراً بسائر الديون .

قسمة في الدين لا في صورة الإبراء ولا في صورة التأخير ، كيف ولو أمكن القسمة في الدين لما بطلت قسمة الدين قبل القبض فإذا لم تتصور حقيقة القسمة في الدين لا في صورة الإبراء ولا في صورة التأخير بقي أصل النقص على حاله فتدبر (قوله وكذا الصلح عليه عن جنابة العمد) قال في النهاية : ومعراج الدراية : قيل إنما قيد بجنابة العمد لأن في جنابة الخطأ يرجع . ولكن ذكر في الإيضاح مطلقاً فقال : ولو شج الطالب المطلوب موضحة فصالحه على حصته لم يلزمه لشريكه شيء ، لأن الصلح عن الموضحة بمنزلة النكاح انتهى . وقال في العناية بعد ذكر ما فيها : وأرى أنه قيده بذلك لأن الأرض قد يلزم العاقلة فلم يكن مقتضياً لشيء انتهى . ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه إن العاقلة لا تعقل صلحاً على ماسيحي انتهى . أقول : هذا ساقط جداً . لأن العاقلة إنما لا تعقل الأرض الذي يجب بالصلح وهو الذي يجيء في كتاب الديات . ولا يكون ذلك إلا في الصلح عن جنابة العمد . وإنما مراد صاحب العناية هاهنا أن الأرض قد يلزم العاقلة بجنابة الخطأ ثم بصلح عنه على مال أعطاه الجاني . ففي مثله إذا وقع الصلح على نصيب الجاني من الدين المشترك لم يكن الجاني المصالح مقتضياً لشيء ، إذ الأرض لم يلزمه حتى يكون مقتضياً له بل قد لزم العاقلة فأبين ما أراده مما أورده ذلك الراد . ثم أقول : بقي كلام فيما قاله صاحب العناية . أما أولاً فلأن القاتل يدخل مع العاقلة عندنا فيكون فيما يؤدي كأحدهم على ماسيحي في كتاب المعامل فلم يتم قوله فلم يكن مقتضياً لشيء . إذ قد كان مقتضياً لقدرة ما يلزمه أن يؤديه مع العاقلة . وأما ثانياً فلأن ما ذكره إنما يقتضي إطلاق الجنابة لا تنقيدها بالعمد ، فإن المصالح إذا لم يكن

مالاً من كل وجه عند ورود العقد عليها (وكذا الإحراق عند محمد خلافاً لأبي يوسف) وصورته : ما إذا رمى النار على ثوب المديون فأحرقه وهو يساوي نصيب المحرق ، وأما إذا أخذ الثوب ثم أحرقه فإن للشريك الساكت أن يتبع المحرق بالإحراق . لمحمد رحمه الله أن الإحراق إتلاف لمال مضمون فكان كالغصب ، والمديون صار قاضياً لنصيبه بطريق المقاصة فيجعل المحرق مقتضياً . ولأبي يوسف رحمه الله أنه متلف نصيبه بما صنع لا قابض ، لأن الإحراق إتلاف فكان هذا نظير الجنابة ، فإنه لو جنى على نفس المديون حتى سقط نصيبه من الدين لم يكن للآخر أن يرجع عليه بشيء ، فكذا إذا جنى بالإحراق ، وإذا تزوج بنصيبه من الدين لم يرجع عليه الشريك في ظاهر الرواية لأنه لم يقبض من حصته شيئاً مضموناً بقبل الشركة فإنه يملك به البضع ، وإنه ليس بمال متقوم ولا مضمون على أحد فكان كالجنابة . وروى بشر عن أبي يوسف أنه يرجع لأن التزوج وإن كان بالنصيب لفظاً فهو بمنزلة معنى فيكون دين المهر الواجب للمرأة آخر الدينين فيصير قضاء الأول فيتحقق القضاء والافتضاء ، والصلح على نصيبه بجنابة العمد إتلاف كالزواج به لأنه لم يقبض شيئاً قابلاً للشركة بل أتلف نصيبه . قيل وإنما قيد بقوله عمداً لأنه في الخطأ يرجع عليه ، وأطلق في الإيضاح فقال : ولو شج موضحة فصالحه على حصته لم يلزم الشريك شيء لأن الصلح عن الموضحة بمنزلة النكاح ، وأرى أنه قيده بذلك لأن الأرض قد يلزم العاقلة فلم يكن مقتضياً لشيء . قال (وإذا كان السلم بين شريكين الخ) إذا أسلم رجلان رجلاً في كثر حنطة فصالح أحدهما مع المسلم إليه على أن يأخذ نصيبه من رأس المال ويفسخ عقد السلم في نصيبه لم يجوز عند أبي حنيفة ومحمد إلا بإجازة الآخر ، فإن أجاز جاز وكان المقبوض من رأس المال مشتركاً بينهما وما بقي من السلم مشتركاً بينهما وإن لم يجزه فالصلح باطل . وقال أبو يوسف : جاز اعتباراً بسائر الديون ، فإن أحد الدائنين إذا صالح المديون عن نصيبه على بدل جاز وكان الآخر مخيراً بين أن يشاركه في المقبوض وبين أن يرجع على المديون بنصيبه كذلك هاهنا

(قوله فيتحقق القضاء والافتضاء) أقول : أي القضاء من المرأة والافتضاء من الرجل (قوله لأن الأرض قد يلزم العاقلة الخ) أقول : فيه أن العاقلة لا تعقل صلحاً على ماسيحي .

وبما إذا اشترى عبدا فأقال أحدهما في نصيبه . ولهما أنه لو جاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة ، ولو جاز في نصيبهما لا بد من إجازة الآخر بخلاف شراء العين ، وهذا لأن المسلم فيه صار واجبا بالعقد والعقد قام بهما فلا ينفرد أحدهما برفعه ، ولأنه لو جاز لشاركه في المقبوض ، فإذا شاركه فيه رجع المصالح على من عليه بذلك فيؤدى إلى عود السلم بعد سقوطه . قالوا : هذا إذا خلط رأس المال ، فإن لم يكونا قد خلطاه فعلى الوجه الأول هو على الخلاف ، وعلى الوجه الثانى هو على الاتفاق .

مقتضيا لشيء لزم أن لا يرجع شريكه عليه كما في الصلح عن جنابة العمد فلم يظهر للتقييد وجه فليتأمل (قوله ولهما أنه لو جاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة ، ولو جاز في نصيبهما لا بد من إجازة الآخر) يعنى أنه لو جاز ، فأما إن جاز في نصيبه خاصة أو في النصف من النصيبين . فإن كان الأول لزم قسمة الدين قبل القبض لأن خصوصية نصيبه لا تظهر إلا بالتمييز ولا تمييز إلا بالقسمة واللازم باطل ، وإن كان الثانى فلا بد من إجازة الآخر لتناوله بعض نصيبه . أقول : فيه نظر . أما أولا فلأن هذا الدليل منقوض بسائر الديون لأنه جار فيها بعينه كما لا يخفى مع تخلف الحكم المذكور وهو عدم جواز الصلح كما تقرر في دليل أبى يوسف ، وأما ثانيا فلأن قسمة الدين في الذمة إنما لا تجوز إذا كانت قصدا ، وأما إذا كانت ضمنا فتجوز كما صرحوا به وقد مر من قبل ، وفي الشق الأول من الترديد المذكور إنما لزم قسمة الدين قبل القبض في ضمن عقد الصلح فلا محذور في اللازم (قوله ولأنه لو جاز لشاركه في المقبوض . فإذا شاركه فيه رجع المصالح على من عليه بذلك فيؤدى إلى عود السلم بعد سقوطه) قال صاحب العناية أخذنا من شرح تاج الشريعة : واعترض بأن هذا المعنى موجود في الدين المشترك إذا

(وبما إذا اشترى عبدا فأقال أحدهما في نصيبه) بجامع أن هذا الصلح (إقالته وفسخ لعقد السلم . ولأبى حنيفة ومحمد وجهان : أحدهما أنه لو جاز فلما أن جاز في نصيبه خاصة أو في النصف من النصيبين . فإن كان الأول لزم قسمة الدين قبل القبض لأن خصوصية نصيبه لا تظهر إلا بالتمييز . ولا تمييز إلا بالقسمة وقد تقدم بطلانها ، وإن كان الثانى فلا بد من إجازة الآخر لتناوله بعض نصيبه . وقوله بخلاف شراء العين جواب عن قياس أبى يوسف المتنازع على شراء العبد وتقريره ، بخلاف شراء العين فإننا إذا اخترنا فيه الشق الأول من الترديد لم يلزم المحذور المذكور فيه في السلم وهو قسمة الدين في الذمة . واستظهر المصنف بقوله وهذا لأن المسلم فيه يعنى أن المسلم فيه في ذمة المسلم إليه إنما صار واجبا بعقد السلم والعقد قام بهما فلا ينفرد أحدهما برفعه . والثاني أنه لو جاز الصلح لشاركه في المقبوض من رأس المال لأن الصفقة واحدة وهي مشتركة بينهما ، وإذا شاركه فيه . يرجع المصالح على من عليه بالقدر الذى قبضه الشريك حيث لم يسلم له ذلك القدر وقد كان ساقطا بالصلح ثم عاد بعد سقوطه . واعترض بأن هذا المعنى موجود في الدين المشترك إذا استوفى أحدهما نصفه ، فإذا شاركه صاحبه في النصف رجع المصالح بذلك على الغريم وفيه عود الدين بعد سقوطه . وأجيب بأنه أخذ بدل الدين وأخذه يؤذن بتقرير المبدل لا بسقوطه ، بل بتقاصن ويثبت لكل واحد منهما دين في ذمة صاحبه ، لأن الديون تقضى بأثمانها وفي السلم يكون فسخا وفسوخ لا يعود بدون تجديد السبب (قالوا) أى المتأخرون من مشايخنا (هذا) الاختلاف بين علمائنا إنما هو (إذا خلط رأس المال) : وعقدا عقد السلم ، وأما إذا لم يخلط فقال بعضهم هو على هذا الاختلاف أيضا وهؤلاء نظروا إلى الوجه الأول وهو قوله العقد قام بهما فلا ينفرد أحدهما برفعه ، ولا فرق في ذلك بين أن يكون رأس المال مخلوطا أو غيره وقال آخرون : هو على الاتفاق في الجواز ، وهؤلاء نظروا إلى الوجه الثانى وهو قوله لو جاز لشاركه في المقبوض لأن ذلك باعتبار شركتهما في المقبوض ولا مشاركة عند انفراد كل منهما بما يخصه من رأس المال ، ومنشأ اختلاف المتأخرين أن اختلاف المتقدمين في صورة خلط رأس المال أو على الإطلاق أن محمدا ذكر الاختلاف في البيوع مع ذكر الخلط ، وذكر في كتاب الصلح مع تصريح عدم الخلط أن الآخر لا يشاركه فيما

(قوله رجع المصالح الخ) أقول : إطلاق المصالح يجوز إلا أن يكون المراد الاستيفاء بطريق الصلح .

(فصل في التخرج)

(وإذا كانت الشركة بين ورثة فأخرجوا أحدهم منها بمال أعطوه إياه والركة عقار أو عروض جاز قليلا كان ما أعطوه إياه أو كثيرا) لأنه أمكن تصحيحه بيعا . وفيه أثر عثمان ، فإنه صالح تناصر الأشجعية امرأة عبد الرحمن ابن عوف رضي الله عنه عن ربع ثمنها على ثمانين ألف دينار .

استوفى أحدهما نصفه ، فإذا شاركه صاحبه في النصف رجع المصالح بذلك على الغريم وفيه عود الدين بعد سقوطه . وأجيب بأنه أخذ بدل الدين وأخذ يودن بتقرير المبدل لا بسقوطه ، بل يتقاصدان ويثبت لكل واحد منهما دين في ذمة صاحبه . لأن الديون تقضى بأمثلها ، وفي السلم يكون فسخا والمفسوخ لا يعود بدون تجديد السبب ، انتهى كلامه . أقول : لمعترض أن يعود ويقول هذا المعنى موجود أيضا فيما إذا اشتريا عبدا فأقال أحدهما في نصيبه ، والفرق المذكور في الجواب المزبور لا يتمشى فيه لأن الإقالة فسخ عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ، وقد ذكر في آخر الجواب أن المفسوخ لا يعود بدون تجديد السبب : ولم يتجدد السبب في تلك الصورة قطعا فينتقض الدليل المذكور بها . ويمكن الجواب عنه بمنع جريان قوله لو جاز لشاركه في المقبوض في صورة الإقالة في العين بناء على جواز تفرد أحدهما بالرفع في العين كما فهم من قول المصنف . بخلاف شراء العين . وهذا لأن المسلم فيه صار واجبا بالعقد والعقد قام بهما فلا ينفرد أحدهما برفعه فلم يوجد المعنى المذكور في تلك الصورة فلا انتقاض بها ، تأمل تقف .

(فصل في التخرج)

التخرج تفاعل من الخروج ، ومعناه أن يتصلح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث بشيء معلوم ، وإنما أخره لقلة وقوعه ، إذ قلما يرضى أحد أن يخرج من البين بغير استيفاء نصيبه أو لوقوعه بعد الحياة (قوله وفيه أثر عثمان رضي الله عنه فإنه صالح تناصر الأشجعية امرأة عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه عن ربع ثمنها على ثمانين ألف دينار) قال في غاية البيان :

قبض المصالح في قول أبي يوسف ولم يذكر قول أبي حنيفة ومحمد فظن بعضهم أن ترك الذكر لأجل الاتفاق . وقيل وليس بسديد : لأن الموجب للشركة في المقبوض هو الشركة في دين السلم باتحاد العقد وهو لا يختلف فيما خلطا أو لم يخلطا .

(فصل في التخرج)

التخرج تفاعل من الخروج ، وهو أن يصطلح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث بمال معلوم . ووجه تأخير ه قلة وقوعه ، فإنه قلما يرضى أحد بأن يخرج من البين بغير استيفاء حقه . وسببه طلب الخارج من الورثة ذلك عند رضا غيره به . وله شروط تذكر في أثناء الكلام ، وتصوير المسئلة ذكرناه في مختصر الضوء والرسالة . قال (وإذا كانت التركة بين ورثة فأخرجوا أحدهم الخ) وإذا كانت التركة بين ورثة فأخرجوا أحدهم منها بمال أعطوه إياه حال كون التركة عقارا أو عروضا جاز قل ما أعطوه أو كثر ، وقيد بذلك لأنها لو كانت من النقود كان هناك شرط سنذكره ، وهذا لأنه أمكن تصحيحه بيعا والبيع يصح بالقليل والكثير من الثمن ، ولم يصح جعله إبراء لأن الإبراء من الأعيان غير المضمونة لا يصح . فإن قيل : لو كان بيعا لشرط معرفة مقدار حصته من التركة لأن جهالته تفسد البيع . أجيب بأن الجهالة المفضية إلى النزاع تفسد البيع لامتناعه من

(قوله وقيل وليس بسديد) أقول : القائل هو الحجازي قلنا عن الأوضح .

(فصل في التخرج)

(قوله ووجد تأخير ه قلة وقوعه) أقول : ويجوز أن يكون التأخير لاختصاصه بركة الميت (قوله وقيد بذلك الخ) أقول : أشار

قال (وإن كانت التركة فضة فأعطوه ذهباً أو كان ذهباً فأعطوه فضة فهو كذلك) لأنه بيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوى ويعتبر التقابض في المجلس لأنه صرف غير أن الذى في يده بقية التركة إن كان جاحداً يكتفى بذلك القبض لأنه قبض ضمان فينوب عن قبض الصالح وإن كان مقراً لا بد من تجديد القبض لأنه قبض أمانة فلا ينوب عن قبض الصالح (وإن كانت التركة ذهباً وفضة وغير ذلك فصالحوه على ذهب أو فضة فلا بد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة) احترازاً عن الربا .

والأصل في جواز التخارج ما روى محمد بن الحسن في الأصل في أول كتاب الصلح عن أبي يوسف عن حدثه عن عمرو بن دينار عن ابن عباس : أن إحدى نساء عبد الرحمن بن عوف صالحوها على ثلاثة وثمانين ألفاً على أن أخرجوها من الميراث . وقال محمد أيضاً : حدثنا أبو يوسف عن حدثه عن عمرو بن دينار عن ابن عباس أنه قال بتخارج أهل الميراث . وكذلك روى الحاكم الشهيد عن عمرو بن دينار : أن إحدى نساء عبد الرحمن بن عوف صالحوها على ثلاثة وثمانين ألفاً على أن أخرجوها من الميراث ، وقد أثبت شمس الأئمة السرخسى وعلاء الدين الأسيجاني في شرح الكافي لفظ الكافي كما فيه من غير تغيير . إلا أن شمس الأئمة السرخسى قال : وهى تماضر كان طلقها في مرضه ، فاختلفت الصحابة في ميراثها منه ثم صالحوها على الشطر ، وكانت له أربع نسوة وأولاد فحظها ربع الثمن جزء من اثنين وثلاثين جزءاً من التركة فصالحوها على نصف ذلك وهو جزء من أربعة وستين جزءاً وأخذت بهذا الحساب ثلاثة وثمانين ألفاً . وقد روى محمد الألف مطلقاً ولم يفسر أنها دراهم أو دنانير ، وذكر ثلاثة قبل الثمانين ولم يذكر اسم المصالحة ، ولم يذكر أن عبد الرحمن عن كم نسوة مات . وصاحب الهداية لم يذكر الثلاثة قبل الثمانين ، وفسر الثمانين بالدينار . إلى هنا لفظ غاية البيان ، وهذا بسط ما ذكر في جملة الشروح هاهنا غير أنه ذكر في سائر الشروح أنه ذكر في كتب الحديث ثلاثة وثمانين ألف دينار (قوله وإن كانت التركة فضة وذهباً وغير ذلك فصالحوه على ذهب أو فضة فلا بد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة احترازاً عن الربا) أما إذا كان ما أعطوه أقل من نصيبه من ذلك الجنس فلا يجوز الصلح لأنه تبقى الزيادة على المأخوذ من جنس ذلك

التسليم الواجب بمقتضى البيع ، وهذا لا يحتاج إلى تسليم فلا يفيض إلى المنازعة فصار كمن أقر أنه غصب من فلان شيئاً واشتراه من المقر له جاز وإن لم يعلم مقداره . وفي جواز التخارج مع جهالة المصالح عنه أثر عثمان . وهو ما روى محمد بن الحسن عن حدثه عن عمرو بن دينار أن إحدى نساء عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه صالحوها على ثلاثة وثمانين ألفاً على أن أخرجوها من الميراث وهى تماضر كان طلقها في مرضه فاختلفت الصحابة في ميراثها منه . ثم صالحوها على الشطر وكانت له أربع نسوة وأولاد فحظها ربع الثمن جزء من اثنين وثلاثين جزءاً فصالحوها على نصف ذلك وهو جزء من أربعة وستين جزءاً وأخذت بهذا الحساب ثلاثة وثمانين ألفاً ولم يفسر ذلك في الكتاب . وذكر في كتب الحديث ثلاثة وثمانين ألف دينار ، وإن كانت التركة فضة فأعطوه ذهباً أو بالعكس جاز لأنه بيع الجنس ، بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوى لكن يعتبر القبض في المجلس لكونه صرفاً غير أن الوارث الذى في يده بقية التركة إن كان جاحداً لكونها في يده يكتفى بذلك القبض : أى القبض السابق لأنه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح : والأصل في ذلك أنه متى تجانس القبض بأن يكون قبض أمانة أو قبض ضمان ناب أحدهما مناب الآخر ، أما إذا اختلفا فالمضمون ينوب عن غيره دون العكس : فأما إذا كان الذى في يده بقيتها مقراً فإنه لا بد من تجديد القبض وهو الانتهاء إلى مكان يتمكن من قبضه لأنه قبض أمانة فلا ينوب عن قبض الصلح (وإن كانت التركة ذهباً وفضة وغير ذلك فصالحوه على أحد التقدين فلا بد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس ليكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة) فإن كان مساوياً لنصيبه أو أقل أو لا يعلم مقدار نصيبه بطل الصلح لوجود الربا ، أما إذا كان مساوياً فلزيادة العروض

بقوله بذلك إلى قوله حال كون التركة عقاراً الخ (قوله صالحوها) أقول : الضمير في قوله صالحوها راجع إلى إحدى نساء (قوله وهى تماضر ، إلى قوله : ولم يفسر ذلك في الكتاب) أقول : هذا الكلام إلى قوله وثمانين ألف دينار : ذكره شمس الأئمة السرخسى في شرح المبسوط

ولا بد من التقابض فيما يقابل نصيبه من الذهب والفضة لأنه صرف في هذا القدر، ولو كان بدل الصلح عرضاً جاز مطلقاً لعدم الربا، ولو كان في التركة دراهم ودنانير وبديل الصلح دراهم ودنانير أيضاً جاز الصلح كيفما كان صرفاً للجنس إلى خلاف الجنس كما في البيع لكن يشترط التقابض للصرف. قال (وإذا كان في التركة دين على الناس فأدخلوه في الصلح على أن يخرجوا المصالح عنه ويكون الدين له فالصلح باطل) لأن فيه تملك الدين من غير من عليه وهو حصة المصالح (وإن شرطوا أن يبرأ الغرماء منه ولا يرجع عليهم بنصيب المصالح فالصلح جائز) لأنه إسقاط وهو تملك الدين ممن عليه الدين وهو جائز، وهذه حيلة الجواز،

ومن غير جنسه خالية عن العوض، وكذلك إذا كان ما أعطوه مثل نصيبه من ذلك الجنس فلا يجوز الصلح لأنه تنبى الزيادة على المأخوذ من جنس ذلك ومن غير جنسه خالية عن العوض، فتعذر تجويزه بطريق المعاوضة في هاتين الصورتين لزوم الربا؛ ولا يصح تجويزه بطريق الإبراء عن الباقي أيضاً لأن التركة عين والإبراء عن الأعيان باطل. كذا في الذخيرة وفي كثير من شروح هذا الكتاب. أقول: عدم صحة تجويز ذلك بطريق الإبراء عن الباقي منظور فيه عندى. لأن الإبراء عن نفس الأعيان وإن كان باطلاً إلا أن البراءة عن دعوى الأعيان صحيحة كما صرحوا به وقد مر في الكتاب. فلم لا يصلح تجويز الصلح على الأقل أو المثل فيما نحن فيه بطريق البراءة عن دعوى الباقي وحمل كلام العاقل على الصلحة واجب مهما أمكن. فإن قلت: قد مر في الكتاب أنه لو ادعى داراً فصالح على قطعة منها لم يصح الصلح لأن ما قبضه عين حقه وهو على دعواه في الباقي وما نحن فيه نظير تلك المسئلة، فإذا لم يصح الصلح هناك فكيف يصح هاهنا. قلت: قد مر أيضاً في الشروح هناك أن ماذكر جواب غير ظاهر الرواية، وأما في ظاهر الرواية فإنه يصح. وقد ذكر في الذخيرة وفي فتاوى قاضيخان أيضاً اختلاف جواب ظاهر الرواية وجواب غير ظاهر الرواية في تلك المسئلة. حتى قال في الذخيرة هناك: وجه ظاهر الرواية أن الإبراء لا في عينها ودعوى، والإبراء عن الدعوى صحيح وإن كان الإبراء عن العين لا يصح. وأما فيما نحن فيه فالجواب عدم صحة الصلح رواية واحدة لا غير على ما ذكر في جميع

وإذا كان أقل فلزيادة العروض وبعض الدراهم. وإن كان مجهولاً ففيه شبهة ذلك فتعذر تصحيحه بطريق المعاوضة، ولا يصح بطريق الإبراء أيضاً لما مر، ولا بد من التقابض فيما يقابل حصته من الذهب والفضة لأنه صرف في هذا القدر. وقيل بطلان الصلح على مثل نصيبه أو أقل من الدراهم حالة التصديق. أما إذا ادعت ميراث زوجها وأنكر الورثة الزوجية فصالحوها على أقل من نصيبها من المهر والميراث جاز، لأن المدفوع إلينا حينئذ لقطع المنازعة ولا فتداء العين وليس ذلك ربا (ولو كان بدل الصلح عرضاً جاز مطلقاً) قل أو كثر وجد التقابض في المجلس أولاً، ولو كانت التركة دراهم ودنانير وبديل الصلح كذلك جاز. كيفما كان صرفاً للجنس إلى خلافه كما في البيع. لكن لا بد من القبض في المجلس لكونه صرفاً. قال (وإذا كان في التركة دين على الناس الخ) وإذا كان في التركة دين على الناس فأدخلوه في الصلح على أن يخرجوا من صالح عن الدين ويكون الدين لهم فهو باطل في الدين والعين جميعاً. أما في الدين فلا لأن فيه تملك الدين من غير من عليه الدين وهو حصة المصالح، وأما في العين فلا اتحاد الصفقة. والحيلة في الجواز أن يشرطوا على أن يبرأ الغرماء منه ولا ترجع الورثة عليهم

وأراد بالكتاب المبسوط، وإنما كتبت هذا لئلا يتوهم أن المراد بالكتاب الهداية، ويعترض على الشارح بأنه مفسر فيه كما فعله البعض؛ ثم قوله ولم يفسر ذلك في الكتاب يعني لم يفسر محمد في مبسوطه (قال المصنف: وإذا كان في التركة، إلى قوله: فالصلح باطل) أقول: قال الكاكي: أي في الكل في العين والدين، أما في الدين فلكونه يملك الدين من غير من عليه الدين، وأما في العين فلا اتحاد الصفقة. وفي مبسوط شيخ الإسلام: وهذه المسئلة ترد نقضاً على أبي يوسف ومحمد فيما إذا أسلم حنطة في شير أو زيت حيث قال: يصح في حصة الزيت ويفسد في حصة الشعير، وهاهنا أفسد الكل، وهذا مما يحفظ. وفي الكافي: قيل هذا عند أبي حنيفة، وأما عندهما بين القدر صحيحاً فبإثباته وراه الدين، وقيل هو قول الكل، والفرق لما أن بيع الدين باطل لا فاسد فصار كبيع الحر والفقير بشئ واحد انتهى. فظهر بما في الكافي جواب نقض شيخ الإسلام خواهر زاده فليتأمل. ثم إن عبارة المصالح في قول المصنف على أن يخرجوا المصالح عنه بكسر اللام على صيغة اسم الفاعل (٥٦ - تكملة فتح القدير حتى - ٨)

وأخرى أن يعجلوا قضاء نصيبه متبرعين . وفي الوجهين ضرر ببقية الورثة . والأوجه أن يقرضوا المصالح مقدار نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين .

الكتب ، فبرد عليه ما أوردناه من النظر كما لا يخفى . وقال الحاكم أبو الفضل : إنما يبطل الصلح عن مثل نصيبه من الدراهم على أقل من نصيبه من الدراهم حالة التصديق . وأما حالة المناكرة فالصلح جائز لأن حالة المناكرة المعطى يعطى المال لقطع المنازعة ويفدى به يمينه فلا يتمكن الربا . كذا في الذخيرة والتممة . ونقل عنهما في النهاية ومعراج الدراية . وقال الإمام علاء الدين الاسييجاني في شرح الكافي للحاكم الشهيد : قال أبو الفضل : يعني الحاكم الشهيد : إنما يبطل الصلح على أقل من نصيبها من العين في حالة التصديق . أما في حالة المناكرة فالصلح جائز لأنه إن لم يمكن تصحيحه معاوضة يمكن تصحيحه إسقاطا . ثم قال الإمام الاسييجاني : والصحيح أنه باطل في الوجهين لأنه يكون معاوضة في حق المدعى فيدخل فيه معنى الربا من الوجه الذي قلنا انتهى . وهكذا نقل عنه في غاية البيان . وقال الإمام فخر الدين قاضيه خان في فتاواه : قال الحاكم الشهيد : إنما يبطل الصلح على أقل من حصتها من مال الربا في حالة التصديق . أما في حالة الجحود والمناكرة يجوز الصلح . ووجه ذلك أن في حالة الإنكار ما يؤخذ لا يكون بدلا في حق الآخذ ولا في حق الدافع انتهى كلامه . أقول : في الوجه الذي ذكره قاضيه خان إشكال ، لأن عدم كون المأخوذ بدلا في حق الدافع ظاهر مسلم ، وأما عدم كون ذلك بدلا في حق الآخذ فممنوع . فإن قلت : إنما لا يكون المأخوذ بدلا في حق الآخذ أيضا لإمكان تصحيح هذا الصلح بدون الحمل على المعاوضة بحمله على أخذ عين الحق في قدر المأخوذ وإسقاط الحق في الباقي كما قالوا في الصلح عن الدين بأقل من جنسه . قلت : الكلام في الصلح عن أعيان التركة والإبراء عن الأعيان باطل على ما صرحوا به ، فلو أمكن تصحيح هذا الصلح في حالة المناكرة بحمله على أخذ بعض الحق وإسقاط بعضه الآخر لأمكن تصحيحه في حالة التصديق أيضا بذلك الطريق لعدم الفارق بين الحالتين في ذلك المعنى قطعاً ، وقد أجمعوا على عدم إمكان تصحيحه أصلاً في حالة التصديق . نعم بقي لنا الكلام في هذا المقام بأنه لم لا يجوز تصحيح هذا الصلح في الحالتين معا بحمله على البراءة من دعوى الباقي من أعيان التركة لا عن نفس تلك الأعيان ، والباطل هو الثاني دون الأول كما قررناه من قبل (قوله وفي الوجهين ضرر ببقية الورثة) لعدم رجوعهم على الغرماء ، كذا في الكفاية وشرح تاج الشريعة . وقالوا في سائر الشروح : أما في الوجه الأول فإن بقية الورثة لا يمكنهم الرجوع على الغرماء ، وفي الوجه الثاني لزوم النقد عليهم بمقابلة الدين الذي هو نسيئة والنقد خير من النسيئة انتهى . قال بعض الفضلاء بعد نقل المعنى الأول من الكفاية : " لئلا هو الحق لا ما في سائر الشروح من لزوم النقد بالنسيئة في الصورة الثانية إذ لا نسيئة عند التبرع فليتنامل انتهى . أقول : قد يكون التبرع في نفس المال بأن يعطيه على أن لا يأخذ عينه ولا بدله من بعد ، وقد يكون في نقده وتعجيله بأن يعطيه في الحال عند عدم وجوب إعطائه عاجلاً عليه ، وهذا لا ينافي أن يأخذ عينه أو بدله في الآجل ، فلما كان قول المصنف في الوجه الثاني متبرعين محتملاً لكل واحدة من صورتى التبرع حمله بعض الشراح على الصورة الأولى لتبادرها ، ففسر ضرر بقية الورثة في الوجهين معا بعدم رجوعهم على الغرماء ، وحمله أكثر الشراح على الصورة الثانية لقلة الضرر فيها وتفاحش الضرر في الصورة الأولى ، ففسروا الضرر في الوجهين بالمعنيين المختلفين ، فقول ذلك القائل في الرد عليهم ، إذ لا نسيئة في التبرع ناشئ من

بنصيب المصالح فإنه إسقاط أو تملك الدين ممن عليه الدين وهو جائز (وأخرى أن يعجلوا قضاء نصيبه من الدين متبرعين ، وفي الوجهين ضرر ببقية الورثة) أما في الوجه الأول فلأن بقية الورثة لا يمكنهم الرجوع على الغرماء ، وفي الوجه الثاني لزوم النقد عليهم بمقابلة الدين الذي هو نسيئة والنقد خير من النسيئة (والأوجه أن يقرضوا المصالح مقدار نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين)

(قال المصنف : وفي الوجهين ضرر ببقية الورثة) أقول : قال في الكفاية : لعدم رجوعهم على الغرماء انتهى . هذا هو الحق لا ما في سائر الشروح من لزوم النقد بالنسيئة في الصورة الثانية ، إذ لا نسيئة عند التبرع متنامل (قوله وفي الوجه الثاني لزوم النقد عليهم) أقول : فيه بحث

ويجلبهم على استيفاء نصيبه من الغرماء ، ولو لم يكن في التركة دين وأعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون ، قيل لا يجوز لاحتمال الربا ، وقيل يجوز لأنه شبهة الشبهة ،

الغفول عن الصورة الثانية للتبرع . واعلم أن صدر الشريعة حل هذا الوجه الثاني في شرح الوقاية على ما حل عليه أكثر شراح هذا الكتاب حيث قال : والثانية أن بقية الورثة يؤدون إلى المصالح نصيبه نقدا ويجعل لهم حصته من الدين على الغرماء ، وفي هذا الوجه يتضرر بقية الورثة لأن النقد خير من الدين انتهى . ولكن خالف في توجيه الوجه الأول صاحب الهداية وشرح كتابه قاطبة وسائر المحققين كصاحب الكافي وغيره حيث قال : الحيلة الأولى أن يشترطوا أن يرى المصالح الغرماء عن حصته من الدين ويصالح عن أعيان التركة بمال ، وفي هذا الوجه فائدة لبقية الورثة لأن المصالح لا يبقى له على الغرماء حق لأن حصته نصير لهم ، انتهى كلامه . أقول : فيه بحث ، لأن ما ذكره إنما يفيد ثبوت الفائدة للغرماء لا لبقية الورثة . فإن قيل : إذا لم يبق للمصالح على الغرماء حق يسهل للغرماء أداء حصص بقية الورثة فيحصل من هذه الجهة فائدة لبقية الورثة . قلنا : إن حصل لهم فائدة من تلك الجهة يحصل لهم الضرر من جهة أن حصص المصالح لا نصير لهم ، فقله لا أن حصته نصير لهم حجة عليه لا له فلا وجه لذكره في تعليل فائدة بقية الورثة . ثم إن صاحب الإصلاص والإيضاح زاد في الطنبور نغمة حيث قال في هذا المقام : وفي هذا الوجه نوع ضرر لسائر الورثة حيث لا يمكنهم الرجوع على الغرماء بقدر نصيب المصالح ، ونوع نفع لهم حيث لا يبقى للمصالح حق على الغرماء فنقصان ذلك الضرر يجبر بهذا النفع . وقال في حاشيته : فيه دخل لصاحب الهداية حيث اعتبر الضرر المذكور ولم يعتبر النفع ولصدر الشريعة حيث عكس انتهى . أقول : فيه أيضا بحث ، إذ لا يخفى على الفطن أن عدم تمكن سائر الورثة من الرجوع على الغرماء بقدر نصيب المصالح وضيق ذلك القدر من مال التركة بالكلية ضرر فاحش لهم لا ينبغي بمجرد أن لا يبقى للمصالح حق على الغرماء فإن النفع فيه لسائر الورثة أمر وهمي من جهة تأديبه إلى سهولة أداء الغرماء حصص باقي الورثة فأين هذا من ذلك ؟ فالحق ما ذكره صاحب الهداية (قوله ولو لم يكن في التركة دين وأعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربا) بين هذا في كثير من الشروح بأن كان له في التركة مكيل أو موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح أو أقل ، وهكذا في الذخيرة أيضا . أقول : فيه خلل لأن نصيبه من ذلك إذا كان أقل من بدل الصلح لا يلزم الربا ، إذ يكون نصيبه من ذلك حينئذ بمثابة من بدل الصلح ، ويكون زيادة البدل بحقه من بقية التركة كما مر في الكتاب ، كما إذا كانت التركة فضة وذهب وغير ذلك فصالحوه على ذهب أو فضة من أنه لا بد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثابة الزيادة بحقه من بقية التركة احترازاً عن الربا . فالحق في البيان هاهنا أن يقال بأن كان في التركة مكيل أو موزون ، ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح أو أكثر ، ولقد أصاب صاحب غاية البيان حيث علل قوله لاحتمال الربا بقوله لأنه يجوز أن يكون في التركة كيلي أو وزني وبدل الصلح مثل نصيب المصالح من ذلك أو أقل ، لأن ما زاد على بدل الصلح من نصيب المصالح يكون ربا انتهى . فإنه اعتبر القلة في جانب بدل الصلح لا في جانب نصيب المصالح من ذلك على عكس ما اعتبره الآخرون ، وكان صاحب الكافي تنبه أيضا لما ذكرناه من الخلط فاكنتي بذكر المثل حيث قال في تعليل هذا القيل : لاحتمال أن يكون في التركة مكيل أو موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح فيكون ربا انتهى . واقتنى أثره صاحب معراج الدراية ، ولكن الأوجه أن يزداد عليه قيد أو ~~ممنوع~~ كما نبهنا عليه آنفاً لأن فيه توسيع دائرة احتمال الربا كما لا يخفى (قوله وقيل يجوز لأنه شبهة الشبهة) لاحتمال أن لا يكون في التركة من ذلك الجنس وإن كان فيحتمل أن يكون نصيبه من ذلك أكثر مما أخذ أو أقل ففيه شبهة الشبهة وليست بمعتبرة ، كذا في العناية ، وعلى هذا المتوال ذكر في الذخيرة وكثير من الشروح .

ويجلب الورثة على استيفاء نصيبه من الغرماء ، ولو لم يكن في التركة دين وأعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربا) وهو قول الشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني بأن كان في التركة مكيل أو موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح أو أقل (وقيل يجوز) وهو قول الفقيه أبي جعفر لاحتمال أن لا يكون في التركة من ذلك الجنس ، وإن كان

ولو كانت التركة غير المكييل والموزون لكنها أعيان غير معلومة . قيل لا يجوز لكونه بيعا إذ المصالح عنه عين . والأصح أنه يجوز لأنها لا تنفص إلى المنازعة لقيام المصالح عنه في يد البقية من الورثة ، وإن كان على الميت دين مستغرق لا يجوز الصلح ولا القسمة لأن التركة لم يملكها الوارث ، وإن لم يكن مستغرقا لا ينبغي أن يصالحوا ما لم يقضوا دينه فتقدم حاجة الميت ، ولو فعلوا قالوا يجوز . وذكر الكرخي رحمه الله في القسمة أنها لا تجوز استحسانا وتجاوز قياسا .

وكتب بعض الفضلاء على قول صاحب العناية : فيحتمل أن يكون نصيبه من ذلك أكثر أو أقل ، فيه بحث . أقول : لعل مراده بالبحث أنه على تقدير أن يكون نصيبه أقل مما أخذه لا يلزم الربا لما بيناه فيما مرفلا وجه لذكره في أثناء بيان احتمال الربا ، لكنه ساقط هاهنا لأن مراد صاحب العناية وغيره فيحتمل أن يكون نصيبه من ذلك أكثر فيلزم الربا أو أقل فلا يلزم الربا إلا أنه على كل تقدير يلزم الربا فإنهم بصدد بيان شبهة الشبهة التي ليست بمعتبرة فلا بد لهم من بيان احتمال كل واحد من جانبي الصحة والفساد ؛ ألا ترى إلى قولهم لاحتمال أن لا يكون في التركة من ذلك الجنس . فإن هذا الاحتمال احتمال جانب الصحة قطعاً . كيف ولو كان الاحتمال مقصوراً على جانب الفساد لكان اللازم حقيقة الربا لا شبهة الربا فضلاً عن شبهة شبيهته تأمل تقف . ثم اعلم أن صاحب الإصلاح والإيضاح بعد ما بين الاختلاف في هذه المسئلة على ما ذكر في الكتاب قال : ولقائل أن يقول : حق الجواب التفصيل بأن يقال إن كان في التركة جنس بدل الصلح لا يجوز وإن لم يكن يجوز وإن لم يدر حال التركة فعلى الاختلاف انتهى كلامه . أقول فيه نظر ؛ أما أولاً فلا أنه لا احتياج هاهنا إلى ما ذكره من التفصيل أصلاً . إذ الشقان الأولان من تفصيله قد استغنى عنهما بالمسئلتين المذكورتين سابقاً على الاستقلال : إحداهما قوله وإن كانت التركة فضة ذهباً وغير ذلك فصالحوه على ذهب أو فضة الخ ، وأخرهما قوله في أول الفصل وإذا كانت التركة بين ورثة فأخرجوا أحدهم منها بمال أعطوه إياه والتركه عقار أو عروض جاز قليلاً كان ما أعطوه إياه أو كثيراً . وأما ثانياً فلا أن التفصيل الذي ذكره لا يخلو عن اختلال لأن قوله إن كان في التركة جنس بدل الصلح لا يجوز لا يصح على إطلاقه . فإنه إذا كان في التركة جنس بدل الصلح ولكن كان ما أعطوه أكثر قدراً من نصيب المصالح من ذلك الجنس يجوز الصلح قطعاً كما مر مفصلاً ومدللاً ، وكذا إذا كان في التركة جنس بدل الصلح ولكن كان فيها دراهم ودنانير وكان بدل الصلح دراهم ودنانير أيضاً يجوز الصلح قطعاً كما مر أيضاً مستوفى . وأما ثالثاً فلا أن مسئلتنا هذه لا تقبل التفصيل المذكور جداً ، إذ قد اعتبر فيها كون أعيان التركة غير معلومة ، فإن عبارة هذا الكتاب في هذه المسئلة هكذا ، ولو لم يكن في التركة دين وأعيانها غير معلومة والصلح على المكييل والموزون ، قيل لا يجوز ، وقيل يجوز . وعبارة

فيحتمل أن يكون نصيبه من ذلك أكثر مما أخذ أو أقل ففيه شبهة الشبهة وليست بمعتبرة (ولو كانت التركة غير المكييل والموزون لكنها أعيان غير معلومة) فصالحوا على مكييل أو موزون أو غير ذلك (قيل لا يجوز لكونه بيعاً) إذ لا يصح أن يكون إبراء (لأن المصالح عنه عين) والإبراء عن العين لا يجوز ، وإذا كان بيعاً كانت الجهالة مانعة (وقيل يجوز وهو الأصح لأنها ليست بمفضية إلى النزاع لقيام المصالح عنه في يد بقية الورثة) فاثمة احتياج إلى التسليم حتى يفضى إلى النزاع ، حتى لو كان بعض التركة في يد المصالح ولا يعلمون مقداره لم يجز لاحتياجه إلى ذلك ، وإن كان على الميت دين فلما أن يكون مستغرقاً أو غيره ؛ ففي الأول لا يجوز الصلح ولا القسمة لأن الوارث لم يملك التركة ، وفي الثاني لا ينبغي أن يصالحوا ما لم يقضوا دينه لتقدم حاجة الميت ، ولو فعلوا قالوا يجوز . وأما القسمة فقد قال الكرخي إنها لا تجوز استحساناً وتجاوز قياساً . وجه الاستحسان أن الدين يمنع تملك الوارث ، إذ ما من جزء إلا وهو مشغول بالدين فلا تجوز القسمة قبل قضائه . ووجه القياس أن التركة لا تخلو عن قليل الدين فتقسم نفياً للضرر عن الورثة ، والله أعلم .

(قوله أكثر مما أخذ أو أقل) أقول : فيه بحث .

(كتاب المضاربة)

المضاربة مشتقة من الضرب في الأرض ؛ سمي بها

الوقاية وكذا عبارة من ذلك القائل في هذه المسئلة هكذا . وفي صحة الصلح عن تركه جهلت على مكيل أو موزون اختلاف انتهى . فكيف يتصور في هذه الصورة التفصيل المزبور فهلا هي منحصرة في الشق الثالث منه وهو ما لم يدر حال التركة ، فالجواب بالاختلاف لا غير على ما ذكر في الكتب المعتمدة عامة .

(كتاب المضاربة)

قد مر وجه المناسبة في أول كتاب الإقرار . والمضاربة في اللغة : مفاعلة ، من ضرب الأرض إذا سار فيها ، قال الله تعالى - وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله - يعنى الذين يسافرون في الأرض للتجارة ؛ وسمى هذا العقد بها لأن المضارب يسير في الأرض غالبا طلبا للربح . وفي الشريعة : عبارة عن عقد على الشركة بمال من أحد الجانبين وعمل من الآخر كما سيأتى في الكتاب . وقال صاحب النهاية : ومن يخذو : هي خذوه في الشريعة عبارة عن دفع المال إلى غيره ليتصرف فيه ويكون الربح بينهما على ما شرط . أقول : فيه فتور ، إذ الظاهر أن المضاربة في الشريعة ليست نفس الدفع المزبور ، بل هي عقد يحصل قبل ذلك أو معه . وركنها الإيجاب والقبول بألفاظ تدل عليها ، مثل أن يقول رب المال دفعت هذا إليك مضاربة أو مقارضة أو معاملة أو خذ هذا المال واعمل به على أن ما رزق الله فهو بيننا على كذا ، ويقول المضارب قبلت أو ما يؤدى هذا المعنى . وشروطها كثيرة تذكر في أثناء المسائل . قال في العناية بشروطها نوعان : صحيحة وهي ما يبطل العقد بفواته ، وفاسدة تفسد في نفسها ويبقى العقد صحيحا كما سيأتى ذكر ذلك اهـ . أقول : فيه قصور ، لأن الشروط الفاسدة أيضا نوعان : نوع يفسد العقد أيضا ، ونوع يفسد في نفسه ويبقى العقد صحيحا نص عليه هاهنا في النهاية ، وسيأتى التصريح به في الكتاب أيضا . وعبارة العناية تشعر بانحصار الشروط الفاسدة في النوع الثاني منها فكانت قاصرة . وحكمها : الإيداع ، والوكالة والشركة بحسب الأوقات كما أشير إليه في المبهوط والذخيرة والتحفة وغيرها على مافصل في النهاية . قال في العناية : وحكمها الوكالة عند الدفع والشركة بعد الربح . أقول : فيه خلل ، أما أولا فلأن حكمها عند الدفع هو الإيداع ، وإنما الوكالة حكمها عند التصرف والعمل كما نص عليه في كثير من المعبريات حتى المتون ؛ ألا ترى إلى ما قال في الوقاية : وهي إيداع أولا وتوكيل عند عمله وشركة إن ربح . وأما ثانيا فلأنه لم يذكر الإيداع عند بيان حكمها وهو حكم لها أيضا يثبت بها أولا على ما صرح به في عامة الكتب . وقال في الكافي والكفاية : وحكمها أنواع : إيداع ووكالة وشركة وإجارة وغصب . أقول : فيه أيضا خلل ، لأن معنى الإجارة إنما يظهر إذا فسدت المضاربة ، ومعنى الغصب إنما يتحقق إذا خالف المضارب فكان متعديا كما سيأتى ، وكلا الأمرين ناقض لعقد المضاربة مناف لصحتها فكيف يصح أن تجعل الإجارة والغصب حكما من أحكامها ، وحكم الشيء ما يثبت به والذي يثبت ثمة فيه لا يثبت

(كتاب المضاربة)

قد ذكرنا وجه المناسبة في أول الإقرار فلا يحتاج إلى الإعادة (والمضاربة مشتقة من الضرب في الأرض ؛ وسمى هذا العقد بها

(كتاب المضاربة)

لأن المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله ، وهي مشروعة للحاجة إليها ، فإن الناس بين غنى بالمال غنيّ عن التصرف فيه ، وبين مهتد في التصرف صفر اليد عنه ، فست الحاجة إلى شرع هذا النوع من التصرف لينتظم مصلحة الغنيّ والذكيّ والفقير والغنيّ . وبعث النبي صلى الله عليه وسلم والناس يباشرونه فقرروهم عليه وتعاملت به الصحابة ، ثم المدفوع إلى المضارب أمانة في يده لأنه قبضه بأمر مالكة لا على وجه البذل والوثيقة ، وهو وكيل فيه لأنه يتصرف فيه بأمر مالكة ، وإذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزءا من المال بعمله ، فإذا فسدت ظهرت الإجارة حتى استوجب العامل أجر مثله ، وإذا خالف كان غاصبا لوجود التعدى منه على مال غيره .

به قطعا . لا يقال : إن الإجارة والغصب وإن لم يصلحا أن يجعلهما حكما للمضاربة الصحيحة إلا أنهما يصلحان أن يجعلهما حكما للمضاربة الفاسدة : فمن أدرجهما في أحكام المضاربة يريد بأحكامها أحكام مطلق المضاربة صحيحة كانت أو فاسدة . لأننا نقول : لا شك أن ما ذكره في قرأتها من ركنها وشرطها وغيرهما إنما يراد به ما كان للمضاربة الصحيحة لا غير ، ففي أحكامها أيضا لا بد أن يكون كذلك . ولئن سلم صحة التعميم للمضاربة الفاسدة أيضا في الأحكام فالغصب ليس من أحكام المضاربة الفاسدة أيضا لأن حكم المضاربة الفاسدة على ما صرح به في البدائع بل في الكتاب أيضا فيما سيجيء أن يكون للعامل مثل أجر عمله ، ولا شك أن ليس للغاصب أجر قط لكونه متعديا فلا مجال لجعل الغصب من أحكام المضاربة في شيء (قوله لأن المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله) قال الشارح العيني : فيه مناقشة ، لأن المضارب لا يستحق الربح بسعيه وعمله حتى أو سعى وعمل ولم يظهر ربح لا يستحق شيئا اهـ . أقول : ليس هذا بشيء لأن الباء في قوله بسعيه وعمله للسببية ، والمعنى أن المضارب يستحق الربح بسبب سعيه . ووظيفة السبب مجرد الإيصال والإفضاء إلى المسبب في الجملة لا التأثير فيه ، وإنما التأثير وظيفة العلة . وقد

لأن المضارب يسير في الأرض غالبا طلبا للربح قال الله تعالى - وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله - وفي الاصطلاح : دفع المال إلى من يتصرف فيه ليكون الربح بينهما على ما شرطا (ومشروعيتها للحاجة إليها فإن الناس بين غنى بالمال غنيّ عن التصرف فيه ، وبين مهتد في التصرف صفر اليد) أى خالى اليد عن المال فكان في مشروعيتها انتظام مصلحة الغنيّ والذكيّ والفقير والغنيّ ، وفي الحقيقة راجع إلى ما ذكرنا غير مرة من سبب المعاملات وهو تعلق البقاء المقذور بتعاطيها . وركنها استعمال ألفاظ تدل على ذلك مثل : دفعت إليك هذا المال مضاربة أو مقارضة أو مغاملة أو أخذ هذا المال أو عمل به على أن ما رزق الله فكذا . وشروطها نوعان : صحيحة وهي ما يبطل العقد بفواته ، وفاسدة في نفسها ويبقى العقد صحيحا كما سيأتى ذكر ذلك . وحكمها الوكالة عند الدفع والشركة بعد الربح (قوله وبعث النبي صلى الله عليه وسلم) بيان أن ثبوتها بالسنة والإجماع ، فإنه صلى الله عليه وسلم بعث (والناس يباشرونه فقرروهم) على ما روى أن العباس بن عبد المطلب كان إذا دفع مضاربة شرط على المضارب أن لا يسلك به بحرا وأن لا ينزل به واديا ولا يشتري به ذات كبد رطب ، فإن فعل ذلك ضمن ، فبلغ رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستحسنه . وتقرير النبي صلى الله عليه وسلم أمرا يعاينه من أقسام السنة على ما علم (وتعاملت به الصحابة) من غير تكبر فكان إجماعا . قال (ثم المدفوع إلى المضارب أمانة في يده الخ) المدفوع إلى المضارب من المال أمانة في يده لأنه قبضه بأمر مالكة لا على وجه البذل كالمقبوض على سوم الشراء ، ولا على وجه الوثيقة كالرهن : وكل مقبوض كذلك فهو أمانة ، ومع ذلك فهو وكيل فيه لأنه يتصرف فيه بأمر مالكة ، فإذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزءا من المال بعمله

(قوله وفي الاصطلاح دفع المال إلى من يتصرف فيه) أقول : فيه مسأحة فإنها في الاصطلاح هي العقد المخصوص (قوله وركنها استعمال ألفاظ تدل على ذلك) أقول : لعل المراد الألفاظ المستعملة (قوله وحكمها الوكالة عند الدفع والشركة بعد الربح) أقول : قال صاحب الكافي : المضارب أمين أولا لأنه قبض المال بإذن مالكة لا على جهة المبادلة والوثيقة ، بخلاف المقبوض على سوم الشراء لأنه قبضه بدلا ، وبخلاف الرهن لأنه قبضه وثيقة ، وعند الشروع في العمل وكيل لأنه يتصرف فيه له بأمره حتى يرجع لما يلحقه من الهبة على رب المال كالوكيل

قال (المضاربة عقد على الشركة بمال من أحد الجانبين) ومراده الشركة في الربح وهو يستحق بالمال من أحد الجانبين (والعمل من الجانب الآخر) ولا مضاربة بدونها ؛ ألا ترى أن الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة ، ولو دفع إليه عرضا وقال بعه وعمل مضاربة في ثمنه جازله لأنه يقبل الإضافة من حيث إنه توكيل وإجارة فلا مانع من الصحة ، وكذا إذا قال له اقض مالي على فلان وعمل به مضاربة جاز لما قلنا ، بخلاف ما إذا قال له اعمل بالدين الذي في ذمتك حيث لا تصح المضاربة ؛

عرف ذلك كله في الأصول فتخلف استحقاق الربح عن سعى المضارب وعمله عند عدم ظهور الربح لا يخل بصحة الكلام المذكور أصلا (قوله ولو دفع إليه عرضا وقال بعه وعمل مضاربة في ثمنه جاز لأنه يقبل الإضافة من حيث أنه توكيل وإجارة فلا مانع من الصحة) قال صاحب النهاية في بيان التعليل : أي لأن عقد المضاربة مشتمل على الوكالة والإجارة كما عرف ؛ وكل واحد منهما يقبل الإضافة إلى زمان في المستقبل ؛ فيجب أن يكون المشتمل عليهما وهو عقد المضاربة قابلا للإضافة إلى زمان في المستقبل أيضا لثلا يخالف الكل الجزء اهـ . واقتنى أثره صاحب العناية في هذا البيان غير أنه قال : والإجارة بالراء والإجارة بالزاي . أقول : فيه بحث ، أما أولا فلأن المضاربة ما لم تفسد لم تصر إجارة بالراء كما صرحوا به يومر في الكتاب آنفا ، والمدعى هاهنا صحة عقد المضاربة في الصورة المذكورة ، والمضاربة الصحيحة لا تشتمل على الإجارة بالراء أصلا بل تنافيا قطعا فلا معنى لدرجها في تعليل صحة عقد المضاربة في الصورة المزبورة . وأما ثانيا فلأن لزوم عدم مخالفة الكل للجزء ممنوع ؛ فإنما نعلم قطعا مخالفة الكل لأجزائه الخارجية والعقلية في كثير من الأحكام ؛ ألا يرى أن الواحد جزء من الاثنين والأول فرد لا زوج والثاني زوج لا فرد إلى غير ذلك من المخالفات البينة . على أن المخالفة بين المضاربة وبين الوكالة والإجارة أيضا متحققة قطعا في كثير من الأحكام : منها أن الوكيل لا يستحق الربح ولا يشترك فيه مع الموكل والمضارب يستحق ذلك ويشترك فيه مع رب المال ، وأن الأجير يستحق الأجر ولا يستحق الربح والمضارب على العكس إلى غير ذلك . وأما ثالثا فلأن الوكالة والإجارة لا يمتثلان الجزئية من المضاربة . أما الوكالة فلأنهم اتفقوا على أنها حكم من أحكام المضاربة ؛ ولا شك أن حكم الشيء خارج

وهو شائع فيشركه ، وإذا فسدت ظهرت الإجارة لأن المضارب يعمل لرب المال في ماله فيصير ماسرط من الربح كالأجرة على عمله فلهذا يظهر معنى الإجارة إذا فسدت ، ويجب أجر المثل ، وذلك إنما يكون في الإجازات ، وإذا خالف كان غاصبا لوجود التعدي منه على مال غيره . قال (المضاربة عقد على الشركة الخ) هذا تفسير المضاربة على الاصطلاح ، وكان فيه نوع خفاء لأنه قال : عقد على الشركة ، ولم يعلم أن للشركة فيما ذا ؟ ففسره المصنف بقوله ومراده للشركة في الربح لاني رأس المال مع الربح : أي لأن رأس المال لرب المال والربح يستحق بالمال من جانب رب المال والعمل من جانب المضارب ، ولا مضاربة بدونها ؛ أي بدون الشركة إشارة إلى انتفاء العقد بانتفائها لأن المضاربة عقد على الشركة ولا مضاربة بدون الشركة ؛ ألا ترى أن الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة ، ولو شرط للمضارب كان قرضا ، ولا تصح المضاربة إلا بالمال الذي تصح به الشركة وهو أن يكون رأس المال دراهم أو دنانير عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، أو فلوسا رائجة عند محمد وبما سواها لا تجوز ، وقد تقدم في كتاب الشركة . ولو دفع إليه عرضا وقال بعه وعمل مضاربة في ثمنه جاز . لأن عقد المضاربة يقبل الإضافة من حيث أنه توكيل وإجارة ؛ يعني أنه مشتمل على التوكيل ، والإجارة بالراء والإجارة بالزاي ، وكل منهما يقبل الإضافة إلى زمان في المستقبل فيجب أن يكون عقد المضاربة كذلك لثلا يخالف الكل الجزء فلا مانع من الصحة ، وكذا إذا قال للمضارب اقض مالي على فلان وعمل به مضاربة جاز لما قلنا إنه يقبل الإضافة ، بخلاف ما إذا قال اعمل بالدين الذي في ذمتك فإنه لا يجوز

الخ انتهى . هذا يخالف ما في الشرح من أنه وكيل عند الدفع فإيأمل (قوله لثلا يخالف الكل الجزء) أقول : قد سبق في كتاب الوكالة أن

لأن عند أبي حنيفة رحمه الله لا يصح هذا التوكيل على مامر في البيوع . وعندهما يصح لكن يقع الملك في المشتري للأمر فيصير مضاربة بالعرض . قال (ومن شرطها أن يكون الربح بينهما مشاعا لا يستحق أحدهما دراهم مسماة) من الربح لأن شرط ذلك يقطع الشركة بينهما ولا بد منها كما في عقد الشركة . قال (فإن شرط زيادة عشرة فله أجر مثله) لفساده فلعله

عنه مترتب عليه لا ركن داخل فيه . وأما الإجارة فلأنها أيضا حكم من أحكامها على ما ذكره البعض وشيء مناف لصحتها مضادا لها على مقتضى التحقيق كما مر . وعلى كلا التقديرين لا تصلح الجزئية منها : فحديث الجزئية في تمشية التعليل المزبور مما لا وجه له ، ولم أر أحدا حام حوله سوى الشارحين المذكورين ، فالوجه في تمشية ذلك تقرير صاحب الكافي حيث قال : لأنه لم يصف المضاربة إلى العرض : وإنما أضاف إلى ثمنه والتمن مما يصح المضاربة به ، والإضافة إلى زمان في المستقبل يجوز لأنه وكالة أو وديعة أو إجارة : وليس في شيء من ذلك ما يمنع صحة الإضافة إلى زمان في المستقبل اه . نعم فيه أيضا شيء مما مر . وهو أن المضاربة إجارة بعد فسادها لا في حال صحتها ، فلا معنى لدرج الإجارة في تعليل صحتها في الصورة المزبورة . اللهم إلا أن يكون درجها فيه على سبيل المبالغة . كأنه قيل : ليس في عقد المضاربة ما يمنع عن الإضافة إلى زمان في المستقبل لا في حال صحتها ولا بعد فسادها فتأمل . ثم أقول : بقی بحث قوى في هذا المقام ، وهو أنهم اتفقوا على أن المضاربة لا بدع ابتداء وتوكيل عند العمل وشركة بعد الربح ، وقد صرحوا في محله بأن مالا يصح إضافته إلى زمان في المستقبل تسعة وعدوا منها الشركة ، فإذا لم تصح إضافة الشركة إلى زمان في المستقبل فقد وجد في المضاربة ما يمنع صحة الإضافة إلى ذلك وهو الشركة . فينبغي أن لا يصح عقد المضاربة في الصورة المزبورة بناء على ذلك المانع . إذ لا ريب أن ارتفاع منع أمور لا يجدي عند تحقق مانع آخر (قوله لأن عند أبي حنيفة رحمه الله لا يصح هذا التوكيل على مامر في البيوع) وإذا لم يصح هذا التوكيل كان المشتري للمشتري والدين بجاله ، فكان رأس مال المضاربة من مال المضارب وهو لا يصح ، كذا في العناية والنهاية . قال بعض الفضلاء : الأظهر أن يقال : إذا لم يصح التوكيل لم تصح المضاربة . لأن عدم صحة الجزء مستلزم لعدم صحة الكل اه . أقول : قد مر بنا أن حديث كون الوكالة جزءا من المضاربة ليس بصحيح ، فإنهم صرحوا بأن الوكالة حكم من أحكام المضاربة مترتب على صحة عقد المضاربة ثابت عند تصرف المضارب في مال المضاربة لا قبله فلا مجال لأن تكون جزءا منها فلا بد في بيان بطلان المضاربة في الصورة المزبورة على تقدير بطلان ذلك التوكيل عند أبي حنيفة من المصير إلى ما ذكره صاحب العناية والنهاية . نعم إنهما قالوا أيضا بجزئية الوكالة من المضاربة فيما مر ولكنهما أصابا في ترك ذلك هاهنا (قوله فإن شرط زيادة عشرة فله أجر مثله)

المضاربة بالاتفاق لكن مع اختلاف التخيير . أما عند أبي حنيفة فلأن هذا التوكيل لا يصح على مامر في البيوع : أي في باب الوكالة في البيع والشراء من كتاب الوكالة حيث قال : ومن له على آخر ألف درهم فأمره أن يشتري بها هذا العبد الخ ، وإذا لم يصح كان المشتري للمشتري والدين بجاله ، وإذا كان المشتري للمشتري كان رأس مال المضاربة من مال المضارب وهو لا يصح ، وأما عندهما فلأن التوكيل يصح ولكن يقع الملك في المشتري للأمر فيصير مضاربة بالعرض وذلك لا يجوز . قال (ومن شرطها أن يكون الربح بينهما مشاعا الخ) ومن شرط المضاربة أن يكون الربح بينهما مشاعا ، ومعناه أن لا يستحق أحدهما دراهم من الربح مسماة لأن شرط ذلك يناق الشركة المشروطة لجوازاها ، والمناق لشرط جواز الشيء مناف له ، وإذا ثبت أحد المتنافيين انتفى الآخر كما إذا ثبت الوجود انتفى العدم ، ثم فسر ذلك بقوله (فإن شرط زيادة عشرة دراهم فله أجر مثله لفساده لأنه ربما

الأصل في المضاربة العموم وفي الوكالة الخصوص فيلزم مخالفة الكل الجزء (قوله وإذا لم يصح كان المشتري للمشتري) أقول : والأظهر أن يقال : إذا لم يصح التوكيل لم تصح المضاربة لأن عدم صحة الجزء مستلزم لعدم صحة الكل (قوله ثم فسر ذلك بقوله فإن شرط الخ) أقول : فيه إشارة إلى أن الغاء تفسيرية .

- ٤٤٩ -

لأيربح إلا هذا القدر فتتقطع الشركة في الربح ، وهذا لأنه ابتغى عن منافعه عوضاً ولم ينل لفساده ، والربح لرب المال لأنه نماء ملكه ، وهذا هو الحكم في كل موضع لم تصح المضاربة ولا تجاوز بالأجر القدر المشروط عند أبي يوسف خلافاً لمحمد كما بينا في الشركة ، ويجب الأجر وإن لم يربح في رواية الأصل لأن أجر الأجير يجب بتسليم المنافع أو العمل وقد وجد . وعن أبي يوسف أنه لا يجب اعتباراً بالمضاربة الصحيحة مع أنها فوقها ، والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتباراً بالصحيحة ،

ذهب عامة الشراح إلى أن هذا تفسير للمسئلة المتقدمة ، والفاء في قوله فإن شرط للتفسير وزيادة عشرة : أى على ما شرطاً كالنصف والثلث فله : أى فللعامل . أقول : فيه نظر ، لأن هذه المسئلة التي هي مسئلة الجامع الصغير لاتصلح أن تكون تفسيراً للمسئلة المتقدمة التي هي مسئلة مختصر القدوري لوجهين : أحدهما أن المسئلة الأولى أعم من المسئلة الثانية ، لأن اشتراط دراهم مسماة لأحدهما يتمشى في صور متعددة مذكورة في معتبرات الفتاوى كالهدايع والخبرة وغيرهما : منها أن شرطاً أن يكون لأحدهما مائة درهم من الربح أو أقل أو أكثر والباقي للآخر ، ومنها إن شرطاً لأحدهما نصف الربح أو ثلثه إلا عشرة دراهم ، ومنها أن شرطاً لأحدهما نصف الربح أو ثلثه ويزاد عشرة ، وفي كل ذلك تفسد المضاربة بناء على أن كل واحد من الشروط المزبورة يقطع الشركة في الربح لأنه ربما لا يربح إلا القدر المسمى أو أقل كما صرحوا به . وأما اشتراط زيادة عشرة فلما يتمشى في صورة ثالثة من الصور المذكورة فكيف يكون الأخص مفسراً للأعم . وثانيهما أن حكم المسئلة الأولى فساد عقد المضاربة باشتراط دراهم مسماة لأحدهما ، وحكم المسئلة الثانية وجوب أجر المثل للعامل فكيف يكون أخذ المتخالفين في الحكم مفسراً للآخر . فالحق عندي أن الفاء في قوله فإن شرط زيادة عشرة للتفريع ، والمقصود بالمسئلة الأولى بيان أن عقد المضاربة يفسد باشتراط دراهم مسماة لأحد المتعاقدين ، وبالثانية بيان أن حكم المضاربة الفاسدة وجوب أجر المثل للعامل فكأنه قال : إذا عرفت فساد عقد المضاربة باشتراط دراهم مسماة لأحدهما فاعلم أن حكم فساد عقد المضاربة باشتراط ذلك وجوب أجر المثل للعامل ، إلا أنه ذكر في التفريع صورة اشتراط زيادة عشرة لكونها هي المذكورة في الجامع الصغير على سبيل التمثيل لأعلى سبيل الحصر فيها . ومن عادة المصنف أن لا يغير المسئلة التي أخذها من الجامع الصغير أو من مختصر القدوري ، ولكن دفع احتمال توهم اختصاص ذلك الحكم بالصورة المذكورة بأن قال بعد تعليل المسئلة : وهذا هو الحكم في كل موضع لم تصح المضاربة (قوله وعن أبي يوسف أنه لا يجب اعتباراً بالمضاربة الصحيحة مع أنها فوقها) فإن قلت : ما جواب ظاهر الرواية عن هذا التعليل القوي لأبي يوسف رحمه الله ، فإن العقد الفاسد يؤخذ حكمه أبداً من العقد الصحيح من جنسه كما في البيع الفاسد ؟ قلت : جوابه هو .

لا يربح إلا هذا القدر فتتقطع الشركة وهذا (أى وجوب أجر المثل) لأنه عمل لرب المال بالعقد (ابتغى به عن منافعه عوضاً ولم ينله لفساد العقد) ولا بد من عوض منافع تلفت بالعقد (و) ليس ذلك في الربح (لكونه لرب المال لأنه نماء ملكه) فتعين أجر المثل ، وهذا التعليل يوجب ذلك في كل موضع فسدت المضاربة (ولا تجاوز بالأجر القدر المشروط عند أبي يوسف) قيل : والمراد بالقدر المشروط ما وراء العشرة المشروطة ، لأن ذلك تغيير المشروع وكان وجوده كعدمه (وقال محمد يجب بالغاً ما بلغ) كما بينا في الشركة ويجب الأجر وإن لم يربح في رواية الأصل لأنه أجير ، وأجرة الأجير تجب بتسليم المنافع (كما في أجير الواحد فإن في تسليم نفسه تسليم منافعه) أو (بتسليم العمل) كما في الأجير المشترك (وقد وجد) ذلك (وعن أبي يوسف لا يجب) له شيء إذا لم يربح (اعتباراً بالمضاربة الصحيحة) فإنه فيها إذا لم يربح لا يستحق شيئاً (مع أنها فوق الفاسدة)

(قوله والمراد بالقدر المشروط ما وراء العشرة) أقول : في القاموس وراء مثلثة الآخر مبلية والوراء مهور لا معتل ووم الجوهري ويكون خلف وأمام ضد ويؤث الثبى . فوراء هاهنا بمعنى القدام ، والمراد بما وراء العشرة ما شرط من الربح لأحدهما من الثلث والنصف إذا العشرة زيادة على ما شرط من الشركة في الربح (قوله لأن ذلك تغيير المشروع) أقول : أى شرط العشرة (٥٧ - تكملة لنهج القدير حتى - ٨)

ولأنه عين مستأجرة في يده ،

أن الفاسد إنما يعتبر بالحوادث إذا كان انعقاد الفاسد مثل انعقاد الحائز كالبيع ، وهاهنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا إجارة ، والمضاربة الفاسدة تنعقد إجارة فتعتبر بالإجارة الصحيحة في استحقاق الأجر عند إيفاء العمل ، وإن تلف المال في يده فله أجر مثله فيما عمل ، كذا في النهاية والعناية ، وعزاه صاحب العناية إلى المبسوط . أقول : مقتضى هذا الجواب أن لا يجوز اعتبار المضاربة الفاسدة بالمضاربة الصحيحة في شيء من الأحكام مع أنهم اعتبروها بالمضاربة الصحيحة في حكم كون المال غير مضمون بالهلاك كما ذكره المصنف متصلاً بما نحن فيه حيث قال : والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتباراً بالصحيحة . نعم يمكن إثبات ذلك الحكم بدليل آخر مآله إلى اعتبارها بالإجارة الصحيحة كما ذكره المصنف أيضاً بقوله ولأنه عين مستأجرة في يده ، لكن الكلام في جعلهم اعتبارها بالمضاربة الصحيحة دليلاً مستقلاً عليه كما هو الظاهر من عبارة الهداية والكافي وغيرهما فتأمل . ثم إن بعض الفضلاء رد على صاحب العناية في قوله وهاهنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا إجارة بأنه يخالف ما أسلفه من أن عقد المضاربة مشتمل على التوكيل والإجارة . أقول : إنما يخالف ذلك أن لو كان مراده بما أسلفه أن عقد المضاربة مشتمل على حال صحة التوكيل والإجارة معاً ، وأما إذا كان مراده بذلك أن عقد المضاربة مشتمل على التوكيل حال صحته وعلى الإجارة بعد فساده فلا مخالفة بين كلاميه ، والظاهر هو الثاني لكونه موافقاً لما صرحوا به (قوله ولأنه عين مستأجرة في يده) وفي بعض النسخ : عين مستأجر : يعني أن رأس المال عين استؤجر المضارب ليعمل به هو لا غيره فلا يضمن كأجير الواحد ، كذا في الشروح . قال بعض الفضلاء : فيكون مستأجرة في قول المصنف عين مستأجرة صفة جرت على غير من هي له ، أو هو من قبيل : سيل مفعم ، ولعل هذا أولى انتهى . أقول : فيه أن قولهم سيل مفعم مما بنى للمفعول وأسند للفاعل ، إذ المفعم اسم مفعول من أفعمت الإناء ملأته ، وقد أسند إلى الفاعل لأن السيل هو المائي لا المملوء ، بخلاف ما نحن فيه فإن رأس المال ليس بفاعل للاستئجار قطعاً كما أنه ليس بمفعول فكيف يكون هذا من قبيل ذلك : اللهم إلا أن يكون مراده بقوله أو هو من قبيل سيل مفعم أو هو من قبيل الإسناد المجازي ، مطلقاً لا أنه من قبيل خصوص الإسناد الواقع فيه ، فحينئذ يجوز كما أشار إليه

في الفاسدة أولى . فإن قيل : ما جواب وجه ظاهر الرواية عن هذا التعليل فإنه قوى فإن العقد الفاسد يؤخذ حكمه من الصحيح من جنسه كما في البيع الفاسد . أجيب بأن الفاسد إنما يعتبر بالحوادث إذا كان انعقاد الفاسد مثل انعقاد الحائز كالبيع ، وهاهنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا إجارة ، والفاسدة تنعقد إجارة فتعتبر بالإجارة الصحيحة في استحقاق الأجر عند إيفاء العمل ، وإن تلف المال في يده فله أجر مثله فيما عمل ، والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك لوجهين : أحدهما الاعتبار بالصحيحة ، والثاني أن رأس المال عين استؤجر المضارب ليعمل به هو لا غيره ، ولا يضمن كأجير الواحد ، وهذا التعليل يشير إلى أن المضارب بمنزلة أجير الواحد من حيث أنه أجير لا يمكن له أن يؤثر نفسه في ذلك الوقت لآخر ، لأن العين الواحد لا يتصور أن يكون مستأجراً المستأجرين في الوقت الواحد كما لا يمكن أجير الواحد أن يؤثر نفسه لمستأجرين في الوقت الواحد ، وهذا قول أبي جعفر المنطوي . وقيل المذكور هاهنا قول أبي حنيفة ، وعندهما هو ضامن إذا هلك في يده بما يمكن التحرز عنه ، وهذا قول الطحاوي ، وهذا بناء على أن المضارب بمنزلة الأجير المشترك لأن له أن يأخذ المال بهذا الطريق من غير واحد ، والأجير المشترك لا يضمن إذا تلف المال في يده من غير صنعه عند أبي حنيفة خلافاً لهما . قال الإمام الأسيبجاني في شرح الكافي : والأصح أنه لا ضمان على قول الكل لأنه أخذ المال بحكم المضاربة والمال في يد المضارب صحته أو فسدت أمانة ، لأنه لما قصد أن يكون المال عنده مضاربة فقد قصد أن يكون أميناً وله ولاية جعله أميناً . ولما كان من الشروط ما يفسد العقد ومنها ما يبطل

(قوله تنعقد شركة لا إجارة) أقول : يخالف ما أسلفه من أن عقد المضاربة مشتمل على التوكيل والإجارة فليتأمل (قوله والثاني أن رأس المال عين استؤجر المضارب) أقول : فيكون مستأجرة في قول المصنف عين مستأجرة صفة جرت على غير من هي له أو هو من قبيل سيل مفعم ولعل هذا أولى (قوله وهذا التعليل يشير إلى أن المضارب) أقول : في وجه الإشارة خفاء لا يخفى فليتأمل (قوله لأن العين الواحد الخ)

وكل شرط. يوجب جهالة في الربح يفسده باختلال مقصوده. وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها، ويبطل الشرط كاشتراط الوضعية على المضارب.

تاج الشريعة في شرح هذا المقام حيث قال : المستأجر في الحقيقة إنما هو المضارب لكن سمي العين مستأجرا لعمل المضارب فيه اه ثم إن جماعة من الشراح قالوا : وهذا انتعيل يشير إلى أن المضارب بمنزلة أجير الواحد من حيث أنه أجير لا يمكن له أن يؤجر نفسه في ذلك الوقت لآخر . وقال صاحب الغناية والنهاية منهم في تعليل ذلك : لأن العين الواحد لا يتصور أن يكون مستأجرا لمستأجرين في الوقت الواحد ، كما لا يمكن لأجير الواحد أن يؤجر نفسه لمستأجرين في الوقت الواحد انتهى . أقول : فيه بحث ، لأنه إن أريد بالعين الواحد في قولهما لأن العين الواحد لا يتصور أن يكون مستأجرا لمستأجرين في الوقت الواحد نفس المضارب فلا نسلم أن نفسه لا يتصور أن يكون مستأجرا لمستأجرين في الوقت الواحد ، لأن الإجارة إذا كانت عقدا على العمل لا على المنفعة يجوز أن يكون شخص واحد مستأجرا لكثير من المستأجرين في وقت واحد كالتقصار ورأى الغنى للامة ونحوهما من الأجير المشترك لإمكان العمل لكل واحد منهم في ذلك الوقت ، وقد وقع عقد المضاربة على العمل من المضارب فجاز أن يكون مستأجرا لأكثر من واحد ، بخلاف أجير الواحد فإن الإجارة فيه كانت على المنفعة دون العمل فلا يقدر على أن يؤجر نفسه لآخر في الوقت الواحد كما تقرر في محله ، وإن أريد بالعين الواحد في قولهما المزبور رأس المال فسلم أن ذلك لا يتصور أن يكون مستأجرا لمستأجرين في وقت واحد : أي أن يكون في يد كل واحد منهما يعملان به في وقت واحد ، ولكن هذا لا يقتضي أن يكون المضارب بمنزلة أجير الواحد لخرين هذا المعنى في كل أجير مشترك ، فإن ما يعمل به من الأعيان لا يتصور أن يكون في يده وفي يد غيره على الاستقلال في الوقت الواحد لامتناع وقوع شيء واحد في محلين مختلفين في وقت واحد فلا يتم التقريب (قوله وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسده باختلال مقصوده ، وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها ، ويبطل الشرط كاشتراط الوضعية على المضارب) قال في النهاية : فإن قلت : هذا الكلي منقوض بما ذكر بعد هذا بخطوط وهو قوله : وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد ، فإن هذا الشرط داخل تحت ذلك الكلي لأن هذا الشرط لا يوجب جهالة في الربح ومع ذلك أفسد عقد المضاربة ، وعلى قضية ذلك الكلي ينبغي أن لا يفسد المضاربة لأنه غير الذي يوجب جهالة في الربح . قلت : نعم كذلك إلا أنه يحتمل أن يريد بقوله وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها الشرط الذي لا يمنع موجب العقد ، وأما إذا كان شرطا يمنع موجب العقد يفسد العقد لأن العقد إنما شرع لإثبات موجبته انتهى . أقول : هذا الجواب لا يشن العليل ولا يجدى طائلا ،

في نفسه وتبقى المضاربة صحيحة أراد أن يشير إلى ذلك بأمر جملي فقال (وكل شرط يوجب جهالة في الربح) كما إذا قال لك نصف الربح أو ثلثه وشرطا أن يدفع المضارب داره إلى رب المال ليسكنها أو أرضه سنة ليزرعها (فإنه يفسد العقد باختلال مقصوده) وهو الربح ، وفي الصورتين المذكورتين جعل المشروط من الربح في مقابلة العمل وأجرة الدار والأرض وكانت حصص العمل مجهولة (وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها ويفسد الشرط كاشتراط الوضعية على رب المال) أو عليهما . والوضعية اسم لجزء هالك من المال ، ولا يجوز أن يلزم غير رب المال ، ولما لم يوجب الجهالة في الربح لم يفسد المضاربة . قيل شرط العمل على رب المال لا يوجب جهالة في الربح ولا يبطل في نفسه بل يفسد المضاربة كما سيجيء فلم تكن القاعدة مطردة . والجواب أنه قال : وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها : أي المضاربة ، وإذا شرط العمل على رب المال فليس ذلك بمضاربة ، وسلب الشيء عن المعلوم صحيح يجوز أن يقال زيد المعلوم ليس ببصير ، وقوله بعد هذا بخطوط : وشرط

أقول : فيه تأمل (قوله وكانت حصص العمل مجهولة) أقول : فإن قيل : هذه جهالة لا تفضي إلى النزاع فينبغي أن لا تكون مفسدة . قلنا : لعل إفسادها من حيث جواز أن لا يحصل له من الربح إلا قدر أجرة الدار والأرض فلا توجد الشركة فيه إذ لم يتبين أنه أجرة الدار وحصص من الربح ، فهذا معنى قوله فيكون حصص العمل مجهولة فليتأمل (قوله والجواب أنه قال وغير ذلك من الشروط الفاسدة) أقول : فيه بحث ، فإن هذا الكلام وإن كان صحيحا في نفسه لكن لا يناسب هذا المقام ، لأن المعنى وغير ذلك من الشروط لا يفسد المضاربة بل تبقى صحيحة ويفسد الشرط فليست

قال (ولا بد أن يكون المال مسلما إلى المضارب ولا يد لربّ المال فيه) لأن المال أمانة في يده فلا بد من التسليم إليه، وهذا بخلاف الشركة لأن المال في المضاربة من أحد الجانبين والعمل من الجانب الآخر، فلا بد من أن يخلص المال للعامل ليتمكن من التصرف فيه؛ أما العمل في الشركة من الجانبين فلو شرط خلوص اليد لأحدهما لم تنعقد الشركة بموجب شرط العمل على ربّ المال مفسد للعقد لأنه يمنع خاوص يد المضارب فلا يتمكن من التصرف فلا يتحقق المقصود سواء كان المالك عاقدا أو غير عاقد كالصغير لأن يد المالك ثابتة له، وبقاء يده يمنع التسليم إلى المضارب، وكذا أحد المتفاوضين وأحد شريكي العنان إذا دفع المال مضاربة وشرط حمل صاحبه لقيام الملك له وإن لم يكن عاقدا، واشتراط العمل على العاقد مع المضارب وهو غير مالك يفسده إن لم يكن من أهل المضاربة فيه كالمأذون، بخلاف الأب والوصي لأنهما من أهل أن يأخذوا مال الصغير مضاربة بأنفسهما فكذا اشتراطه عليهما بجزء من المال.

لأن كون المراد بقوله وغير ذلك الشرط الذي لا يمنع موجب العقد مع أنه مجرد احتمال محض لا يدل عليه اللفظ المازبور لعمومه مفسدا لما هو المقصود في المقام، إذ المقصود هاهنا بيان أصل ينضبط به أحوال الشروط الفاسدة في باب المضاربة؛ فعلى تقدير أن يكون المراد بقوله وغير ذلك الشرط الذي لا يمنع موجب العقد يكون الشرط الذي يمنع موجب العقد ولا يوجب جهالة في الربح خارجا عن قسمي هذا الأصل فلا يتحقق الانضباط فلا يتم المقصود. وأجاب صاحب العناية عن السؤال المذكور بوجه آخر حيث قال: قيل شرط العمل على ربّ المال لا يوجب جهالة في الربح ولا يبطل في نفسه بل يفسد المضاربة كما سيجيء فلم تكن القاعدة مطردة؛ والجواب أنه قال: وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها: أي المضاربة، وإذا شرط العمل على ربّ المال فليس ذلك بمضاربة؛ وسلب الشيء عن المعلوم صحيح يجوز أن يقال زيد المعلوم ليس ببصير، وقوله بعد هذا مخطوط وشرط العمل على ربّ المال مفسد للعقد معناه مانع عن تحققه، انتهى كلامه. أقول: مضمون هذا الجواب وإن لم يكن فاسدا في نفسه إلا أنه مفسد لمعنى المقام، لأن معنى القسم الثاني من الأصل المذكور على ما صرحوا به هو أن غير ذلك من الشروط لا يفسد المضاربة بل تبقى المضاربة صحيحة ويبطل الشرط، وقد أشار إليه المصنف بقوله كاشتراط الوضعية على المضارب، فإن الشرط هناك باطل والمضاربة صحيحة، وقد كان اعترف به صاحب العناية أيضا حيث قال أولا: ولما كان من الشروط ما يفسد العقد ومنها ما يبطل في نفسه وتبقى المضاربة صحيحة أراد أن يشير إلى ذلك بأمر جملي فقال: وكل شرط

العمل على ربّ المال مفسد للعقد معناه مانع عن تحققه. قال (ولا بد أن يكون رأس المال مسلما إلى المضارب الخ) لا بد أن يكون رأس المال مسلما إلى المضارب ولا يد لربّ المال فيه بتصريف أو عمل، لأن المال أمانة في يده فلا بد من التسليم إليه كالوديعة، وهذا بخلاف الشركة لأن المال في المضاربة من جانب والعمل من جانب، فلا بد من التخلص للعمل ليتمكن من التصرف فيه وبقاء يده غيره يمنع التخلص. وأما الشركة فالعمل فيها من الجانبين، فلو شرط خلوص اليد لأحدهما انتفى الشركة وشرط العمل على ربّ المال مفسد لأنه يمنع التخلص فلا يتمكن المضارب من التصرف فيه فلا يتحقق المقصود، وسواء كان ربّ المال عاقدا أو غير عاقد كالصغير إذا دفع وليه أو وصيه ماله مضاربة وشرط عمل الصغير فإنه لا يجوز، لأن يد المالك ثابتة له، وبقاء يده يمنع التسليم إلى المضارب، وكذا أحد المتفاوضين وأحد شريكي العنان إذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه فسد لقيام ملكه وإن لم يكن عاقدا، وإذا شرط العاقد الغير المالك عمله مع المضارب فيما أن يكون من أهل المضاربة في ذلك المال أولا، فإن كان الأول كالأب والوصي إذا دفعا مال الصغير مضاربة وشرط العمل مع المضارب جازت لأنهما من أهل أن يأخذوا مال الصغير مضاربة فكانا كالأجنبي، فكان اشتراط العمل عليهما بجزء من المال جائزا، وإن كان الثاني كالمأذون يدفع المال مضاربة فسد، لأنه وإن لم يكن مالكا ولكن يد تصرفه ثابتة فنزل منزلة المالك فيما يرجع إلى التصرف

قال (وإذا صحت المضاربة المطلقة جاز للمضارب أن يبيع ويشترى ويوكل ويسافر ويضع ويودع) لإطلاق العقد والمقصود منه الاسترباح ولا يتحصل إلا بالتجارة ، فينتظم العقد صنوف التجارة وما هو من صنيع التجار ، والتوكيل من صنيعهم . وكذا الإيضاع والإيداع والمسافرة ؛ ألا ترى أن المودع له أن يسافر فالمضارب أولى ، كيف وأن اللفظ دليل عليه لأنها مشتقة من الضرب في الأرض وهو السير . وعن أبي يوسف رحمه الله أنه ليس له أن يسافر . وعنه وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه إن دفع في بلده ليس له أن يسافر لأنه تعريض على الهلاك من غير ضرورة . وإن دفع في غير بلده له أن يسافر إلى بلده لأنه هو المراد في الغالب ، والظاهر ما ذكر في الكتاب قال (ولا يضارب إلا أن يأذن له رب المال أو يقول له اعمل برأيك) لأن الشيء لا يتضمن مثله لتساويهما في القوة فلا بد من التنصيص عليه أو التفويض المطلق إليه وكان كالتوكيل ، فإن الوكيل لا يملك أن يوكل غيره إلا إذا قيل له اعمل برأيك .

يوجب جهالة في الربح الخ . ولا شك أن المضاربة المدعومة لا تندرج في هذا المعنى (قوله وإذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب أن يبيع ويشترى ويوكل ويسافر ويضع ويودع) فسر أكثر الشراح المضاربة المطلقة هاهنا بأن لا تكون مقيدة بزمان ولا مكان . أقول : هذا تقصير منهم جدا ، لأنها إذا لم تكن مقيدة بزمان ولا مكان ولكن كانت مقيدة بسلعة بعينها أو كانت مقيدة بالمعاملة بفلان بعينه لم تكن مطلقة بل كانت مقيدة لم يجز للمضارب أن يتجاوزها كما سيأتي . وقال بعض من الشراح في تفسير المضاربة المطلقة هاهنا : أي غير مقيدة بالمكان والزمان والسلعة . أقول : فيه أيضا نوع تقصير لدخول ما كانت مقيدة بالمعاملة بفلان بعينه في هذا التفسير أيضا مع أنها ليست بمطلقة حيث يصح ذلك التقييد كما سيأتي في الكتاب ، فالأولى في تفسيرها أن يقال ما لم تقيد بزمان ولا بمكان ولا بنوع من التجارة ولا بشخص من المعاملين ، وعن هذا قال في النخبة والمحيط : إذا دفع مالا مضاربة بالنصف ولم يزد على هذا فهذه مضاربة مطلقة ، وله أن يشتري بها ما بدله من سائر التجارات وله أن يعمل بها ما هو من عادات التجار انتهى (قوله ولا يضارب إلا أن يأذن له رب المال أو يقول له اعمل برأيك لأن الشيء لا يتضمن مثله) قال صاحب العناية : ولا يرد جواز إذن المأذون لعبده وجواز الكتابة للمكاتب والإجارة للمستأجر

فكان قيام يده مانعا عن صحة المضاربة ، والله أعلم . قال (وإذا صحت المضاربة مطلقة الخ) المراد بالمطلق مالا يكون مقيدا بزمان ولا مكان نحو أن يقول دفعت إليك هذا المال مضاربة ولم يزد على ذلك ، فيجوز للمضارب أن يبيع نقدا ونسيئة ويشترى ما بدا له من سائر التجارات ، لأن المقصود هو الاسترباح وهو لا يحصل إلا بالتجارة ، فالعقد بإطلاقه ينتظم جميع صنوفها ويصنع ما هو صنيع التجار لكونه مفضيا إلى المقصود فيوكل ويضع ويودع لأنها من صنيعهم ويسافر ، لأن المسافرة أيضا من صنيعهم ، ولفظ المضاربة مشتق من الضرب في الأرض كما تقدم فكيف يمنع عن ذلك . وعن أبي يوسف أنه ليس له أن يسافر ، وعنه وعن أبي حنيفة أنه إن دفع إليه في بلد المضارب ليس له أن يسافر لأنه تعريض على الهلاك من غير ضرورة ، وإن دفع إليه في غير بلده له أن يسافر إلى بلده لأنه هو المراد في الغالب ، إذ الإنسان لا يستديم الغربة مع إمكان الرجوع ، فلما أعطاه عالما بغربته كان دليل الرضا بالمسافرة عند رجوعه إلى وطنه ، فظاهر الرواية ما ذكر في الكتاب يريد قوله والمسافرة : يعني أنها من صنيع التجار (ولا يجوز للمضارب أن يضارب إلا أن يأذن له رب المال أو يقول له اعمل برأيك لأن الشيء لا يتضمن مثله) ولا يرد جواز إذن المأذون لعبده وجواز الكتابة للمكاتب والإجارة للمستأجر والإعارة للمستعير فبما لم يختلف باختلاف المستعملين فإنها أمثال لما يجانسها وقد تضمنت أمثالها لأن المضاربة تضمنت الأمانة أولا والوكالة ثانيا ، وليس للمودع والوكيل الإيداع والتوكيل فكذا المضارب لا يضارب غيره ،

(قوله لأن المضاربة تضمنت الأمانة أولا والوكالة ثانيا ، وليس للمودع والوكيل الإيداع والتوكيل) أقول : بخلاف المأذون لأن الغائب

بخلاف الإيداع والإبضاع لأنه دونه فيتضمنه . وبخلاف الإقراض حيث لا يملكه . وإن قيل له اعمل برأيك لأن المراد منه التعميم فيما هو من صنيع التجار وليس الإقرار منه وهو تبرع كالهبة والصدقة فلا يحصل به الغرض وهو الربح لأنه لا تجوز الزيادة عليه ، أما الدفع مضاربة فن صنيعهم . وكذا الشركة والحلطة بما لا يدخل تحت هذا القول . قال (وإن خص له رب المال التصرف في بلد بعينه أو في ساعة بعينها لم يجز له أن يتجاوزها) لأنه توكيل . وفي التخصيص فائدة فيتخصص . وكذا ليس له أن يدفعه بضاعة إلى من يخرجها من تلك البلدة لأنه لا يملك الإخراج بنفسه فلا يملك تفويضه إلى غيره . قال (فإن خرج إلى غير ذلك البلد فاشترى ضمن) وكان ذلك له . وله ربحه لأنه تصرف بغير أمره وإن لم يشتر حتى رده إلى الكوفة وهي التي عينها برى من الضمان كالمودع إذا خالف في الوديعة ثم ترك ورجع المال مضاربة على حاله لبقائه في يده بالعقد السابق .

والإعارة للمستعير فيما لم يختلف باختلاف المستعملين ، فإنها أمثال لما يجانسها . وقد تضمنت أمثالها لأن المضاربة تضمنت الأمانة أولا والوكالة ثانيا ، وليس للمودع والوكيل الإيداع والتوكيل فكذا المضارب لا يضارب غيره ، انتهى كلامه . أقول : الظاهر أن قوله لأن المضاربة تضمنت الأمانة الخ تعليل لقوله ولا يرد جواز إذن المأذون الخ لكنه منظور فيه لأن حاصله إقامة ذليل آخر على عدم جواز أن يضارب المضارب غيره يتضمن المضاربة الأمانة والوكالة اللتين لا يجوز فيهما الإيداع والتوكيل ، ولا يلزم منه عدم ورود النقض بالصور المزبورة على الدليل المذكور في الكتاب وهو قوله لأن الشيء لا يتضمن مثله فلا يتم التقريب . والوجه في الجواب عن النقض بتلك الصور ما ذكر في بعض الشروح من أن الكلام في التصرف نيابة وهؤلاء يتصرفون بحكم المالكية . أما المأذون فلأن الإذن فك الحجر ثم بعد ذلك يتصرف العبد بحكم المالكية الأصلية ، وأما المكاتب فلأنه صار حرا يدا ، وأما المستأجر والمستعير فلأنهما ملكا المنفعة قوله ورجع المال مضاربة على حاله قال صاحب العناية : فإن قيل قوله

والجواب عن البواق سيجى في مواضعها (بخلاف الإيداع والإبضاع لأنهما دونه فيتضمنهما . وبخلاف الإقراض فإنه لا يملك به . وإن قيل له اعمل برأيك لأن المراد منه التعميم فيما هو من صنيع التجار وليس الإقراض منه لكونه تبرعا كالهبة والصدقة فلا يحصل ما هو المقصود وهو الربح لأنه لا تجوز الزيادة على القرض ، أما الدفع مضاربة والشركة والحلطة بما لا يدخل تحت هذا القول) يعني قوله اعمل برأيك . فإن قيل : إذا كانت المضاربة من صنيعهم والمقصود وهو الربح يحصل بها تعذر جهة الجواز فينبغي أن يرجع على جهة العدم . أجيب بأن كلامنا من جهة الجواز والعدم صالح للعلية فلا يرجع غيرها بها كما عرف (وإن خص له رب المال التصرف في بلد بعينه أو ساعة بعينها لم يجز له أن يتجاوزها لأنه توكيل) والتوكيل في شيء معين يختص به (وفي التخصيص) في بلد بعينه (فائدة) من حيث صيانة المال عن خطر الطريق وصيانة المضارب وتفاوت الأسعار باختلاف البلدان ، وفي عدم استحقاق النفقة في مال المضاربة إذا لم يسافر فيجب رعايتها توفيراً لما هو المقصود وهو الربح (وليس له أن يبيع من يخرجها من تلك البلدة لأنه إذا لم يملك الإخراج بنفسه لا يملك تفويضه إلى غيره فإن خرج به إلى غير ذلك البلد فاشترى ضمن وكان المشتري وربحه له لأنه تصرف فيه بخلاف أمره) فصار غاصبا (وإن لم يشتر ورده إلى البلد الذي عنه سقط الضمان كالمودع المخالف إذا ورجع المال مضاربة على حاله لبقائه في يده بالعقد السابق) فإن قيل : قوله ورجع المال مضاربة يدل على أنها زائلة ، وإذا

بالإذن فك الحجر ثم العبد بعد ذلك يتصرف بحكم المالكية الأصلية ، ولما كان كذلك كان فك الحجر عن التجارة بمنزلة إسقاط الملك عن العبد بالإعتاق لأن فك الحجر عبارة عن إسقاطه ثم المعتبر يمتنع عده فكذلك المأذون يأذن عده فلا يخفى عليك ما في تقرير الشارع من التصور (قوله والجواب عن البواق سيجى في مواضعها) أقول : أى من مواد النقض بين الجواب حتى يحيل بالجواب عن البواق كما سيجى فليتأمل (قوله أجيب بأن كلامنا من جهة الجواز صالح للعلية فلا يرجع غيرها بها) أقول : الأظهر فلا يرجع أحدها بالآخرى (قوله وفي التخصيص في بلد بعينه) أقول : في تخصيصه بالبلد كالمال ، والظاهر هو التعميم للسلعة أيضا فإن السلعة متفاوتة بكون رغبة الناس إلى بعضها أكثر

وكذا إذا ردّ بعضه واشترى ببعضه في المصركان المردود والمشتري في المصرك على المضاربة لما قلنا ، ثم شرط الشراء بها هاهنا وهو رواية الجامع الصغير ، وفي كتاب المضاربة ضمنه بنفس الإخراج . والصحيح أن بالشراء يتقرر الضمان لزول احتمال الردّ إلى المصرك الذي عينه ، أما الضمان فوجوبه بنفس الإخراج . وإنما شرط الشراء للتقرّر لأصل الوجوب . وهذا بخلاف ما إذا قال على أن يشتري في سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد لأن المصرك مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد ، إلا إذا صرح بالنهي بأن قال اعمل في السوق ولا تعمل في غير السوق لأنه صرح بالحجر والولاية إليه

ورجع المال بمضاربة يدل على أنها زائلة وإذا زال انعقد لا يرجع إلا بالتجديد . أوجب بأنه على هذه الرواية وهي رواية الجامع الصغير لم يزل لأن الخلاف إنما يتحقق بالشراء والفرض خلافه ، وإنما قال رجع بناء على أنه صار على شرف الزوال ، وأما على رواية المبسوط فإنها زالت زوالا موقوفا حيث ضمنه بنفس الإخراج اهـ . أقول : قوله إنه رواية الجامع الصغير لم يزل . لأن الخلاف إنما يتحقق بالشراء مخالف لما حققه المصنف وغيره فيما سيأتى من أن شرط الشراء في رواية الجامع الصغير لتقرر الضمان لأصل وجوبه ، وإنما وجوبه بنفس الإخراج . إذ حينئذ يتحقق الخلاف بمجرد الإخراج على رواية الجامع الصغير أيضا ، فالحق في الجواب أن يكتفى بأن يقال : إن المضاربة زائلة بالإخراج زوالا موقوفا ، فإذا لم يشتر وردّ المال إلى البلد الذي عينه ربّ المال سقط الضمان وعادت المضاربة إلى أصلها ، والعقد إنما لا يرجع إلا بالتجديد فيما إذا زال زوالا مقطوعا غير موقوف على شيء (قوله إلا إذا صرح بالنهي بأن قال اعمل في السوق ولا تعمل في غير السوق لأنه صرح بالحجر والولاية إليه) قال في معراج الدراية : فإن قيل : يشكل على هذا ما ذكر في الذخيرة أنه لو قال بيع بالنسيئة ولا تبع بالنقد أو على العكس حيث لو باع بالنقد أو بالنسيئة لا يكون مخالفا مع صريح النهي إذا كان السعر بالنقد والنسيئة لا يتفاوت . قلنا : هذا مخالف للخير

زال العقد لا يرجع إلا بالتجديد . أوجب بأنه على هذه الرواية وهي رواية الجامع الصغير لم يزل . لأن الخلاف إنما يتحقق بالشراء والفرض خلافه ، وإنما قال رجع بناء على أنه صار على شرف الزوال . وأما على رواية المبسوط فإنها زالت زوالا موقوفا حيث ضمنه بنفس الإخراج (وإذا اشترى ببعضه في المصرك الذي عينه وأخرج البعض منه ولم يشتر به ثم رده إلى الذي عينه كان المردود والمشتري في المصرك على المضاربة لما قلنا) من البقاء في يده بالعقد السابق . وأما إذا اشترى ببعضه فيه وبعض آخر في غيره فهو ضامن لما اشتراه في غيره وله ربحه وعليه وضيعته لتحقق الخلاف منه في ذلك القدر والباقي على المضاربة . إذ ليس من ضرورة صيرورته ضامنا لبعض المال انتفاء حكم المضاربة فيما بقي ، وفيه نظر لأن الصفقة متحدة وفي ذلك تعريفها . والجواب أن الجزء معتبر بالكل ، وتفريق الصفقة موضوع إذا استلزم ضررا ، ولا ضرر عند الضمان ، وقد أشرنا إلى اختلاف رواية الجامع الصغير والمبسوط . قال المصنف (والصحيح أن بالشراء يتقرر الضمان لزوال احتمال الردّ إلى المصرك الذي عينه ، أما الضمان فوجوبه بنفس الإخراج ، وإنما شرط الشراء) يعنى في الجامع الصغير (للتقرّر لأصل الوجوب ، وهذا بخلاف ما إذا قال على أن يشتري في سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد لأن المصرك مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد إلا إذا صرح بالنهي فقال اعمل في السوق ولا تعمل في غيره لأنه صرح بالحجر والولاية إليه) ونوقض بما لو قال على أن تبيع بالنسيئة ولا تبيع بالنقد فباع بالنقد صح ولم يعد مخالفا وجوابه مبني على أصل وهو أن القيد المفيد من كل وجه متبع وغيره كذلك لغو المفيد من وجه دون وجه متبع عند النهي الصريح ولغو عند السكوت عنه ، فالأول كال تخصيص بيلد وسامة وقد تقدم ، والثاني كصورة النقض فإن البيع نقدا بشئ كان ثمن النسيئة خير ليس إلا فكان التقييد مضرا . وأما الثالث فكان النهي عن السوق فإنه مفيد من وجه من حيث أن البلديات أما كن مختلفة حقيقة وهو ظاهر ، وحكما فإنه إذا شرط الحفظ على المودع في محله ليس له أن يحفظ في غيرها ، وقد تختلف الأسعار أيضا باختلاف أماكنه ، وغير مفيد من وجه وهو أن المصرك مع تباين أطرافه جعل كما كان واحد كما إذا شرط الإيفاء في السلم بأن يكون في المصرك ولم يبين المحلة فاعتبرناه حالة التصريح بالنهي لولاية الحجر ولم يعتبر عند (قوله وغيره) أقول : أى غير المفيد (قوله كذلك لغو) أقول : أى من كل وجه (قوله فإن البيع نقدا بشئ كان ثمن النسيئة)

ومعنى التخصيص أن يقول له على أن تعمل كذا أو في مكان كذا ، وكذا إذا قال خذ هذا المال تعمل به في الكوفة لأنه تفسير له ، أو قال فاعمل به في الكوفة لأن الفاء للوصل أو قال خذه بالنصف . بالكوفة لأن الباء للإلصاق . أما إذا قال خذ هذا المال واعمل به بالكوفة فله أن يعمل فيها وفي غيرها لأن الواو للعطف فيصير بمنزلة المشورة ،

فلا يكون مخالفة خلافاً لرفر ، وهذا كما لو وكله بأن يبيع عبده بألف فباعه بألفين يجوز عندنا خلافاً لرفر لأنه مخالفة بالخير اهـ . أقول : في كل واحد من السؤال والجواب خبط . أما في الأول فلأن قوله أو على العكس غير صحيح ، إذ لم يذكر كون الجواب في عكس قوله بع بالنسيئة ولا تبع بالنقد كالجواب فيه لافي الذخيرة ولا في شيء من الكتب الشرعية . وأما في الثاني فلأن قوله هذا مخالفة بالخير مما لا يكاد يصح بعد درج العكس المذكور في الإشكال . لأنه إذا كان البيع بالنقد مخالفة بالخير فيما إذا كان السعر بالنقد والنسيئة غير متفاوت لم يتصور كون البيع بالنسيئة في العكس مخالفة بالخير أيضاً ، وهذا ظاهر جداً ، فالصواب أن يطرح حديث العكس في السؤال كما فعله غيره (قوله ومعنى التخصيص أن يقول له على أن تعمل كذا أو في مكان كذا الخ) يعني أن معنى التخصيص يحصل بأن يقول كذا وكذا بهذه الألفاظ ، ومقصوده التمييز بين ما يفيد التخصيص من الألفاظ وما لا يفيد ذلك منها ، وجملة ذلك على ما عينا ثمانية : ستة منها تفيد التخصيص فتعتبر شرطاً ، واثنان منها لا تفيده فتعتبر مشورة . والضابط في التمييز ما يفيد التخصيص عما لا يفيد هو أن رب المال متى ذكر عقيب المضاربة ما لا يصح التلفظ به ابتداء ويصح متعلقاً بما قبله يجعل متعلقاً به لثلاثاً يلو ، ومتى ذكر عقيباً ما يصح الابتداء به لا يجعل متعلقاً بما قبله لانتفاء الضرورة هذا خلاصة ما ذكرناه هنا في جملة الشروح والكافي . أقول : فيه شيء ، وهو أنهم اتفقوا على أن قول رب المال خذ هذا المال تعمل به في الكوفة برفع تعمل ويجزئه من تلك الألفاظ الستة التي تفيد التخصيص مع أنه يصح الابتداء بتعمل مرفوعاً على أن يجعل كلاماً مستأنفاً كما يصح الابتداء باللفظين اللذين حصروا فيهما ما يصح الابتداء به في باب المضاربة وهما قوله واعمل به بالواو ، وقوله اعلم به بغير الواو ، فعلى مقتضى الضابط المذكور ينبغي أن يكون قوله تعمل به في الكوفة بالرفع مما لا يفيد التخصيص أيضاً فتأمل (قوله أما إذا قال خذ هذا المال واعمل به في الكوفة فله أن يعمل فيها وفي غيرها ، لأن الواو للعطف فيصير بمنزلة المشورة) فإن قيل : لماذا لم يجعل الواو للحال كما في قوله أد إلى ألفاً وأنت حر ؟ قلنا : لأنه غير صالح للحال ،

السكوت عنه ، والله أعلم . قال (ومعنى التخصيص الخ) ذكر ألفاظاً تدل على التخصيص : وتقرير كلامه : ومعنى التخصيص يحصل بأن يقول كذا وكذا : أي بهذه الألفاظ ، والغرض من ذكره التمييز بين ما يدل على التخصيص وما لا يدل ، وجملة ذلك ثمانية : ستة منها تفيد التخصيص واثنان منها تعتبر مشورة ، والضابط لتمييز ما يفيد التخصيص عما لا يفيد هو أن رب المال إذا أعقب لفظ المضاربة كلاماً لا يصح الابتداء به ويصح متعلقاً بما تقدم جعل متعلقاً به لثلاثاً يلو ، وإذا أعقبه ما يصح الابتداء به لم يجعل متعلقاً بما تقدم لانتفاء الضرورة ، وعلى هذا إذا قال خذ هذا المال على أن تعمل كذا أو في مكان كذا ، أو قال خذه تعمل به في الكوفة مجزوماً ومرفوعاً ، وكلام المصنف يحتملهما ، أو قال فاعمل به في الكوفة أو قال خذه بالنصف بالكوفة أو قال لتعمل به بالكوفة ، ولم يذكره المصنف لأن قوله تعمل به بالرفع يعطى معناه فقد أعقب لفظ المضاربة ما لا يصح الابتداء به حيث لا يصح أن يتدئ بقوله على أن تعمل كذا أو بقوله تعمل بالكوفة أو بغيرهما وهو واضح لكنه يصح جعله متعلقاً بما تقدم ، فجعل قوله على أن تعمل شرطاً والمفيد منه معتبر ، وهذا يفيد صيانة المال في المصر ، وقوله تعمل به في الكوفة تفسير لقوله خذه مضاربة ، وقوله فاعمل به في الكوفة في معناه لأن الفاء لواصل والتعقيب والمتصل المتعقب لاجتماع تفسير له ، وكذا قوله خذه بالنصف بالكوفة لأن الباء للإلصاق ، ويقتضى الإلصاق موجب كلامه وهو العمل

أقول : جملة كان صفة يشن واسم كان ضمير راجع إليه ، وقوله ثمن النسيئة خبر كان (قوله فجعل قوله على أن تعمل شرطاً) أقول : شرطاً مفعول ثانٍ لجعل (قوله وقوله تعمل به في الكوفة تفسير لقوله خذه مضاربة) أقول : ويجوز أن يكون استئنافاً ببيانها .

ولو قال على أن تشتري من فلان وتبيع منه صح التقييد لأنه مفيد لزيادة الثقة به في المعاملة ؛ بخلاف ما إذا قال على أن تشتري بها من أهل الكوفة ، أو دفع في الصرف على أن يشتري به من الصيارفة ويبيع منهم فباع بالكوفة من غير أهلها أو من غير الصيارفة جاز ؛ لأن فائدة الأول التقييد بالمكان ، وفائدة الثاني التقييد بالنوع ؛ وهذا هو المراد عرفاً لا فيما وراء ذلك . قال (وكذلك إن وقت المضاربة وقتاً بعينه يبطل العقد بمضيه) لأنه توكيل فيتوقفت بما وقته والتوقيت مفيد وأنه تقييد بالزمان فصار كالتقييد بالنوع والمكان . قال (وليس للمضارب أن يشتري من يعتق على رب المال لقراءة أو غيرها) لأن العقد وضع لتحصيل الربح وذلك بالتصرف مرة بعد أخرى ؛ ولا يتحقق فيه لعنقه ولهذا لا يدخل في المضاربة شراء مالا يملك بالقبض كشراء الخمر والشراء بالميتة . بخلاف البيع الفاسد لأنه يمكنه بيعه بعد قبضه فيتحقق المقصود . قال (ولو فعل صار مشترياً لنفسه دون المضاربة) لأن الشراء متى وجد نفاذاً على المشتري نفذ عليه كالتوكيل بالشراء إذا خالف . قال (فإن كان في المال ربح لم يجوز له أن يشتري من يعتق عليه) لأنه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب رب المال أو يعتق على الاختلاف المعروف فيمنع التصرف فلا يحصل المقصود (وإن اشترأهم ضمن مال المضاربة) لأنه يصير مشترياً العبد لنفسه فيضمن بالنقد من مال المضاربة

هاهنا لأن حال العمل لا يكون وقت الأخذ وإنما يكون العمل بعد الأخذ ؛ كذا في النهاية وعامة الشروح . أقول : ينقض هذا الجواب بما إذا قال خذ هذا المال تعمل به بالكوفة بالرفع فإنهم جعلوا قوله تعمل به بالكوفة مما يفيد التخصيص ، وقد صرح في النهاية ومعراج الدراية بأن قوله تعمل على إعرابين : بالرفع على الحال . وبالجزم على جواب الأمر . مع أن العلة التي ذكرها

بالمال ملصقا بالكوفة وهو أن يكون العمل فيها ، وإذا قال دفعت إليك هذا المال مضاربة بالنصف اعمل بالكوفة وغير واو أو به فقد أعقب ما يصح الابتداء به ، أما بغير الواو فواضح ، وأما بالواو فلأنه مما يجوز الابتداء به فاعتبر كلاماً مبتدأ فيجعل مشورة كأنه قال : إن فعلت كذا كان أنفع . فإن قيل : فلم لا يجعل الواو للحال كما في قوله أدّ إلى ألفاً وأنت حر ؟ أجيب بعدم صلاحيته لذلك هاهنا ، لأن العمل إنما يكون بعد الأخذ لا حال الأخذ ، ولو قال خذ مضاربة على أن تشتري من فلان وتبيع منه صح التقييد لكونه مفيداً لزيادة الثقة به في المعاملة لتفاوت الناس في المعاملات قضاء واقتضاء ومناقشة في الحساب والنتيجة عن الشبهات ؛ بخلاف ما إذا قال على أن تشتري بها من أهل الكوفة أو دفع في الصرف على أن يشتري به من الصيارفة ويبيع منهم فباع بالكوفة من غير أهلها أو من غير الصيارفة جاز ، لأن فائدة الأول : يعني من أهل الكوفة التقييد بالمكان وهو الكوفة ، وإذا اشترى بها فقد وجد ذلك وإن كان من غير رجل كوفي . وفائدة الثاني التقييد بالنوع وهو الصرف وإذا حصل ذلك لامعتهر بغیره (قوله وهذا هو المراد عرفاً لا فيما وراء ذلك) يعني غير المكان في الأول ، والنوع في الثاني دليل على التقييد ، ويتضمن الجواب عما يقال إن ذلك عدول عن مقتضى اللفظ فإن مقتضى لفظ الأول أن يكون شراؤه من كوفي لا من غيره سواء كان بالكوفة أو بغیرها . وتقريره أن مقتضى اللفظ قد يترك بدلالة العرف ، والعرف في ذلك المنع عن الخروج من الكوفة صيانة لماله وقد حصل ذلك بها ، ولما لم يخص المعاملة في الصرف لشخص بعينه مع تفاوت الأشخاص دلّ على أن المراد به نوع الصرف وقد حصل ذلك . وقوله (وكذلك إن وقت للمضاربة) معناه أن التوقيت بالزمان مفيد فكان كالتقييد بالنوع والمكان ، والله أعلم . قال (وليس للمضارب أن يشتري من يعتق على رب المال الخ) وليس للمضارب أن يشتري من يعتق على رب المال لقراءة أو غيرها كالمخلوف بعنقه ، لأن العقد وضع لتحصيل الربح وذلك يتحقق بالتصرف مرة بعد أخرى ، وذلك لا يتحقق في شراء القريب لعنقه فالتقيد لا يتحقق فيه . وفي هذا إشارة إلى الفرق بين المضاربة والوكالة ، فإن التوكيل بشراء

(قوله وأما بالواو فلأنه مما يجوز الابتداء به) أقول : إذا كان الواو للعطف كما ذكره المصنف لا يجوز الابتداء به ؛ وإن لم يكن فلا يطابق الشرح المشروح فتأمل (قوله لأن العمل إنما يكون بعد الأخذ لا حال الأخذ) أقول : وجعله حالا مقدرة خلاف الظاهر .

وإن لم يكن في المال ربح جاز أن يشتريهم لأنه لا مانع من التصرف، إذ لا شركة له فيه ليعتق عليه (فإن زادت قيمتهم بعد الشراء عتق نصيبه منهم) الملكة بعض قريبه (ولم يضمن لرب المال شيئا) لأنه لا صنع من جهته في زيادة القيمة ولا في ملكه الزيادة. لأن هذا شيء يثبت من طريق الحكم فصار كما إذا ورثه مع غيره (ويسعى العبد في قيمة نصيبه منه لأنه احتبست ماله عند فسخه فيه كما في الورثة. قال (فإن كان مع المضارب ألف بالنصف فاشترى بها جارية قيمتها ألف فوطئها فجاءت بولد يساوي ألفا فادعاه ثم بلغت قيمة الغلام ألفا وخمسمائة

في الجواب المزبور لعدم صلاحية قوله واعمل به بالكوفة للحال وهي كون العمل بعد الأخذ لا وقت الأخذ جارية بعينها في قوله تعمل به بالكوفة بالرفع فيلزم أن لا يصلح للحال أيضا. وإن قالوا هذا حال مقدرة كما في قوله تعالى - محلقين رؤوسكم ومقصرين - يرد أن يقال لم يكن الأمر كذلك في قوله واعمل به بالكوفة فلا تنحسم مادة الإشكال بذلك الجواب. ثم أقول: الجواب التام عن أصل السؤال الحاسم مادة الإشكال أن يقال: إن قوله واعمل به بالكوفة جملة لإنشائية، وقد تقرر في العلوم العربية أن الحمل الإنشائية لا تصلح أن تقع حالا سواء كانت مع الواو أو بدونها، وهذا مع وضوحه جدا كيف خفي على الشراح حتى تركوه وتشبهوا بما يرد عليه الإشكال، والشارح العيني قد اعترض على الجواب الذي ذكره عامة الشراح بعد أن ذكره أيضا بأنه لم لا يجوز أن يكون قوله واعمل به بالكوفة حالا منتظرة كما في قوله تعالى - محلقين رؤوسكم - ولم يزد على هذا شيئا فهو أيضا غفل عن عدم صلاحية الحمل الإنشائية لأن تقع حالا. ثم إن بعض الفضلاء تدارك ما أورده الشراح العيني وقصد توجيه الجواب الذي ذكره العامة فقال: وجعله حالا مقدرة خلاف الظاهر فكأنه أيضا غافل عن عدم صلاحية

عبد مطلقا إن اشترى من يعتق على موكله لم يكن مخالفا، وذلك لأن الربح المحتاج إلى تكرار التصرف ليس بمقصود في الوكالة حتى لو كان مقصود الموكل، وقيد بقوله اشترى لي عبدا أبيع فاشترى من يعتق عليه كان مخالفا، ولهذا أي ولكون هذا العقد وضع لتحصيل الربح لا يدخل في المضاربة شراء ما لا يملك بالقبض كالخمر والشراء بالمينة لا انتفاء التصرف فيه وتحصيل الربح، بخلاف البيع الفاسد لأن يبيعه بعد القبض ممكن فيتحقق المقصود، ولو فعل أي اشترى من يعتق على رب المال صار مشتريا لنفسه دون المضاربة، لأن الشراء متى وجد نفاذا على المشتري نفذ عليه كالوكيل بالشراء إذا خالف، وقوله متى وجد نفاذا احتراز عن العبد المحجورين فإن شراءهما يتوقف على إجازة الولي والمولى، ثم إن كان نقد الثمن من مال المضاربة يتخير رب المال بين أن يسترد المقبوض من البائع ويرجع البائع على المضارب وبين أن يضمن المضارب مثل ذلك لأنه قضى بمال المضاربة دينا عليه، وأما شراء من يعتق على المضارب ففيه تفصيل: إما أن يكون في المال ربح أو لا، فإن كان لم يجر له أن يشتريه لأنه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب رب المال لا انتفاء جواز بيعه لكونه مستسعى عند أي حنيفة أو يعتق الكل عندهما على الاختلاف المعروف في تجزؤ الإعتاق فيمتنع التصرف المقصود، وإن اشتراهم ضمن مال المضاربة لأنه يصير مشتريا العبد لنفسه فيضمن إن كان نقد الثمن من المضاربة. وإن لم يكن في المال ربح جاز أن يشتريهم لا انتفاء المانع من التصرف حيث لا شركة له، فإذا ازدادت قيمتهم بعد الشراء عتق نصيبه منهم الملكة بعض قريبه، ولم يضمن لرب المال شيئا لأن ازدياد القيمة وتملكه الزيادة: أي نصيبه من الربح أمر حكى لا صنع له في ذلك فصار كما إذا ورثه مع غيره، كامرأة اشترت ابن زوجها فماتت وتركت زوجا وأخا عتق نصيب الزوج ولا يضمن لأخيها شيئا لعدم الصنع منه ويسعى العبد في قيمة نصيب رب المال من العبد وهو رأس المال وحصه رب المال من الربح لأنه احتبست مالية العبد عند العبد فيسعى العبد فيه كما في الورثة. قال (فإن كان مع المضارب ألف بالنصف الخ) وإن كان مع المضارب ألف بالنصف فاشترى بها جارية قيمتها ألف فوطئها فجاءت بولد يساوي ألفا فادعاه ثم بلغت قيمة الغلام ألفا وخمسمائة والمدعى موسر، فإن شاء رب المال استسعى الغلام في ألف ومائتين وخمسين، وإن شاء أعتقه ولا يضمن المضارب شيئا، وإنما قيد بقوله والمدعى موسر لشيء شبهة هي أن الضمان إنما هو بسبب دعوة المضارب وهو ضمان إعتاق في حق الولد، وضمان الإعتاق يختلف باليسار والإعسار فكان الواجب أن يضمن المضارب

والمدعى موسر ، فإن شاء رب المال استسعى الغلام في ألف ومائتين وخمسين ، وإن شاء أعتق) ووجه ذلك أن الدعوة صحيحة في الظاهر حملا على فراش النكاح ، لكنه لم ينفذ لفقد شرطه وهو الملك لعدم ظهور الربح لأن كل واحد منهما : أعنى الأم والولد مستحق برأس المال . كمال المضاربة إذا صار أعيانا كل عين منها يساوى رأس المال لا يظهر الربح كذا هذا . فإذا زادت قيمة الغلام الآن ظهر الربح فنفذت الدعوة السابقة . بخلاف ما إذا أعتق الولد ثم ازدادت القيمة . لأن ذلك إنشاء العتق . فإذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك بحدوث الملك . أما هذا فإخبار فجاز أن ينفذ عند حدوث الملك كما إذا أقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه . وإذا صححت الدعوة وثبت النسب عتق الولد لقيام ملكه في بعضه . ولا يضمن لرب المال شيئا من قيمة الولد لأن عتقه ثبت بالنسب والملك والملك آخرهما فيضاف إليه ولا يصنع له فيه ، وهذا ضمان إعتاق فلا بد من التعدي ولم يوجد (وله أن يستسعى الغلام) لأنه احتبست ماله عند . وله أن يعتق لأن المستسعى كالمكاتب عند أبي حنيفة ،

ذلك لأن يقع حالا (قوله والمدعى موسر) قال الشراح : وإنما قيد بقوله والمدعى موسر لنفي شبهة هي أن الضمان إنما هو بسبب دعوة المضارب وهو ضمان إعتاق في حق الولد ، وضمان الإعتاق يختلف باليسار والإعسار فكان الواجب أن يضمن المضارب إذا كان موسرا ومع ذلك لا يضمن اه كلامهم . أقول : لا يذهب على ذى فطرة سليمة أن القيد المذكور لا ينفذ الشبهة على التقرير المزبور بل يؤيدها . سيما إذا جعل قولهم ومع ذلك لا يضمن من تمام الشبهة كما هو الظاهر من تقريرهم . وإنما الذي ينفذ الشبهة على التقرير المزبور ما ذكره المصنف فيما سأتى بقوله ولا يضمن لرب المال شيئا من قيمة الولد ، لأن عتقه ثبت بالنسب والملك والملك آخرهما فيضاف إليه ولا يصنع له فيه ، وهذا ضمان إعتاق فلا بد من التعدي ولم يوجد اه . فالظاهر في تقرير فائدة القيد المذكور أن يقال : إنما قيد به تنبيها على عدم اختصاص عدم وجوب الضمان على المضارب بحالة إعساره ، لأنه إذا لم يجب الضمان عليه في حالة يساره فلا بد أن لا يجب ذلك عليه في حالة إعساره أولى ، بخلاف ما لو ذكر الكلام غير مقيد بذلك فإنه يحتمل

إذا كان موسرا ، ومع ذلك لا يضمن ، ووجه ذلك أن الدعوة صحيحة في الظاهر لصدورها من أهلها في عملها حملا على الفرائض بالنكاح بأن زوجها منه البائع ثم باعها منه فوطئها فعلفت منه لكنه : أى الادعاء لم ينفذ لفقد شرطه وهو الملك لعدم ظهور الربح ، لأن كل واحد من الأم والغلام مستحق برأس المال ، كمال المضاربة إذا صار أعيانا كل واحد منها يساوى رأس المال ، كما لو اشترى بألف المضاربة عبيدين كل واحد منهما يساوى ألفا فإنه لا يظهر الربح ، وإذا لم يظهر الربح لم يكن للمضارب في الجارية ملك وبدون الملك لا يثبت الاستيلاء . واعتراض بوجهين : أحدهما أن الجارية كانت متعينة لرأس المال قبل الولد فتبقى كذلك وتعين أن يكون الولد كله ربها . والثاني أن المضارب إذا اشترى بألف المضاربة فرسين وكل واحد منهما يساوى ألفا كان له ربهما حتى لو وهب ذلك لرجل وسلمه صح . وأجيب عن الأول بأن تعيينها كان لعدم المزاحم لا لأنها رأس المال ، فإن رأس المال هو الدراهم وبعد الولد تحققت المزاومة فذهب تعيينها ولم يكن أحدهما أولى بذلك من الآخر فاشتغلا برأس المال . وعن الثاني بأن المراد بقوله أعيانا أجناس مختلفة ، والفرسان جنس واحد يقسمان جملة واحدة ، وإذا اعتبرنا جملة حصل البعض ربها ، بخلاف العبيدين فإنهما لا يقسمان جملة بل كل واحد يكون بينهما على حاله ليكون الرقيق أجناسا مختلفة عند أبي حنيفة قولاً واحداً ، وعندهما أيضا في رواية كتاب المضاربة : وإذا امتنعت القسمة لم يظهر الربح فكان كل واحد منهما مشغولاً برأس المال ، فإذا زادت قيمة الغلام على مقدار رأس المال فقد ظهر الربح ونفذت الدعوة السابقة لأن سببها كان موجودا وهو فراش النكاح ، إلا أنها لم تنفذ لوجود المانع وهو عدم الملك ، فإذا زال المانع صار نافذاً ، بخلاف ما إذا أعتق الولد ثم ازدادت قيمة الغلام ، لأن ذلك إنشاء العتق ولم يصادف محله لعدم الملك فكان باطلاً ، وإذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك لحدوث الملك . وأما ما نحن فيه فإخبار فجاز أن ينفذ عند حدوثه كما إذا أقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه فإنه يعتق عليه ،

ويستسعيه في ألف ومائتين وخمسين . لأن الألف مستحق برأس المال والخمسمائة ربح والربح بينهما فلهذا يسعى له في هذا المقدار . ثم إذا قبض ربّ المال الألف له أن يضمن المدعى نصف قيمة الأم لأن الألف المأخوذ لما استحق برأس المال لكونه مقدما في الاستيفاء ظهر أن الجارية كلها ربح فيكون بينهما . وقد تقدمت دعوة صحيحة لاحتمال الفراش الثابت بالنكاح وتوقف نفاذها لفقد الملك . فإذا ظهر الملك نفذت تلك الدعوة وصارت الجارية أم ولد له ويضمن نصيب ربّ المال لأن هذا ضمان تملك ولا يستدعى صنعا كما إذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره وراثته يضمن نصيب شريكه كذا هذا ؛ بخلاف ضمان الولد على مامر .

أن يكون محمولا على حالة إعساره فقط (قوله ويستسعيه في ألف ومائتين وخمسين . لأن الألف مستحق برأس المال والخمسمائة ربح والربح بينهما فلهذا يسعى له في هذا المقدار) قال في الكافي : فإن قيل : لماذا لا تجعل الأمة رأس المال وجميع الولد ربحا ؟ قلنا : لأن ما يجب على الولد من السعاية من جنس رأس المال والأمة ليست من جنس رأس المال ، فكان تعيين الألف من السعاية لرأس المال أولى اه . واقتنى أثره في هذا السؤال وهذا الجواب عامة شرح هذا الكتاب . وقال صاحب العناية بعد ذكر السؤال والجواب المزبورين : وفيه نظر ، لأننا إذا جعلنا الجارية رأس المال وقد عتقت بالاستيلاء وجبت قيمتها على المضارب وهي من جنس رأس المال اه . أقول : نظره ساقط جدا . لأننا لو جعلنا الجارية رأس المال لم تعتق بالاستيلاء ، لأن من شرط كونها أم ولد للمضارب أن يكون المضارب مالكا لها . وعلى تقدير أن تجعل هي رأس المال تكون مملوكة لربّ المال دون المضارب فلا تصير أم ولد للمضارب ولا تعتق فلا تجب قيمتها على المضارب فلا تتحقق المجانسة ، وهذا مع ظهوره جدا كيف خفي على صاحب العناية . فأورد النظر المزبور على الجواب الذي ارتضاه جمهور الثقات كصاحب الكافي وشرح الكتاب وغيرهم . ثم إن بعض الفضلاء قال في دفع النظر المزبور وجوابه : إن الاستسعاء مقدم . لأن الولد أصل في الدعوة والحرية والأم تتبعه ، وينبغي أن يكون مراد الحبيب هذا اه . أقول : الجواب الذي ذكره هذا القائل وإن كان مما يصلح أن يكون جوابا على أصل السؤال كما أشار إليه المصنف بقوله لأن الألف المأخوذ لما استحق برأس المال لكونه مقدما في الاستيفاء ظهر أن الجارية كلها ربح فتكون بينهما اه إلا أنه لا يصلح أن يكون مراد الحبيب بالجواب الذي هو محل النظر ، إذ لو كان مراده هذا لما ترك ذكره بالكلية وتثبت بمناسبة المجانسة التي لا مدخل لها في تمشية هذا الجواب ، إذ التقدم في الاستسعاء والاستيفاء أمر مستقل في اقتضاء كون الألف المأخوذ من الولد رأس المال دون الجارية . ونظر صاحب العناية على ذلك الجواب المبني على المجانسة فلا يدفعه هذا الجواب . وإنما الدافع القاطع له ما حققناه من قبل . ثم إن الشارح العيني بعد أن ذكر أصل السؤال والجواب المزبورين نقلا عن الكافي ، وبعد أن ذكر نظر صاحب العناية على ذلك الجواب نقلا عنه قال : قلت الولد زاحمها فترجح بسبب ظهور الربح من جهته اه . أقول : لا يرى لهذا معنى مفيد ، فإن ظهور الربح من جهته لا يقتضي رجحان كون رأس المال هو الألف المأخوذ منه دون قيمة الجارية . بل الألف المناسب لظهور الربح من جهته أن يكون الألف المأخوذ منه أيضا من الربح تأمل تقف .

وإذا صحت الدعوة ونفذت ثبت النسب وعتق الولد لقيام ملكه في بعضه . ولا يضمن لربّ المال من قيمة الولد شيئا لأن عتقه ثبت بالنسب والملك والملك آخرهما فيضاف إليه . لأن الحكم إذا ثبت بعلّة ذات وصفين يضاف إلى آخرهما وجودا . وأصله مسئلة السفينة والقدرح المسكر ولا صنع له فيه فلا يكون متعديا . وضمان الإعتاق يعتمد ذلك . وإن انتفى الضمان بقي أحد الأمرين الآخرين من الاستسعاء والإعتاق . فإن شاء استسعاه لاحتباس ماليته عند نفسه . وإن شاء أعتق لكونه قابلا للعتق . فإن المستسعى كالمكاتب عند أبي حنيفة . ويستسعيه في ألف ومائتين وخمسين . لأن الألف مستحق برأس المال وخمسمائة ربح والربح بينهما فلهذا يسعى له في هذا المقدار . قيل لم لا تجعل الجارية رأس المال والولد كله ربحا ؟ وأجيب بأن ما يجب على الولد بالسعاية من جنس رأس المال والجارية ليست من ذلك . فكان تعيين الألف من السعاية لرأس المال أنسب للتجانس .

(باب المضارب يضارب)

قال (وإذا دفع المضارب المال إلى غيره مضاربة ولم يأذن له ربّ المال لم يضمن بالدفع ولا يتصرف المضارب الثاني حتى يربح ، فإذا ربح ضمن الأول لربّ المال) وهذا رواية الحسن عن أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد : إذا عمل به ضمن ربح أو لم يربح ، وهذا ظاهر الرواية . وقال زفر رحمه الله : يضمن بالدفع عمل أو لم يعمل ، وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله لأن المملوك له الدفع على وجه الإيداع ، وهذا الدفع على وجه المضاربة . ولهما أن الدفع إيداع حقيقة ، وإنما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل فكان الحال مراعى قبله : ولأبي حنيفة

(باب المضارب يضارب)

لما ذكر حكم المضاربة الأولى ذكر في هذا الباب حكم المضاربة الثانية ، إذ الثانية تتلو الأولى أبداً فكذا بيان حكمها ، كذا في النهاية ومعراج الدراية وهو المختار عندى . وذكر فيهما وجه آخر أيضاً هو أن المضاربة مفردة ومضاربة المضارب مركبة والمركب يتلو المفرد أبداً . واختاره صاحب الغاية والعناية . أقول : فيه تعسف ، لأن مضاربة المضارب وإن كانت بعد مضاربة ربّ المال إلا أنها مفردة أيضاً غير مركبة من المضاربتين قطعاً ؛ ألا ترى أن الثاني أبداً يتلو الأول ولكنه ليس بمركب من الأول

وفيه نظر ، لأننا إذا جعلنا الجارية رأس المال وقد عتقت بالاستيلاء وجبت قيمتها على المضارب وهي من جنس رأس المال ، ثم إذا قبض ربّ المال الألف له أن يضمن المدعى نصف قيمة الأم ، لأن الألف المأخوذ من الولد لما استحق برأس المال لكونه مقدماً في الاستيفاء على الربح ظهر أن الجارية كلها ربح فتكون بينهما ، وقد تملك المدعى نصيب ربّ المال منها يجعلها أم ولد بالدعوة السابقة فيضمن ، وضمان التملك لا يستدعى صنعا بل يعتمد التملك وقد حصل ، كما إذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره ورثة فإنه يضمن لشريكه نصيبه ، كالأخ تزوج بجارية أخيه فاستولدها فمات الزوج وترك الجارية ميراثاً بين الزوج وأخ آخر فملكها الزوج بغير صنعه ويضمن نصيب شريكه . بخلاف ضمان الولد فإنه ضمان إعتاق وهو إتلاف فلا بد من التعدى وهو لا يتحقق بدون صنعه . وقوله كما مر إشارة إلى قوله لأن عتقه بالنسب والملك والمالك آخرهما ولا صنع له فيه ، ولم يذكر المصنف العقر وهو من المضاربة لأنه بدل المنافع فصار كالكسب .

(باب المضارب يضارب)

مضاربة المضارب مركبة ، فأخرها عن المفردة . اختلف علماؤنا في موجب الضمان على المضارب إذا دفع المال إلى غيره مضاربة ولم يأذن له ربّ المال ؛ فروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لم يضمن بالدفع ولا يتصرف المضارب الثاني حتى يربح ، فالموجب هو حصول الربح ، فإن ربح الثاني ضمن الأول لربّ المال . وقال أبو يوسف ومحمد وهو ظاهر الرواية : إذا عمل به ضمن ربح أو لم يربح ، ثم رجع أبو يوسف وقال : ضمن بالدفع ، وبه قال زفر لأن ما يملكه المضارب هو الدفع على سبيل الإيداع لعدم الإذن بغيره ، ودفع المضارب مضاربة ليس على وجه الإيداع فلا يملكه . ولهما أن دفعه إيداع حقيقة ، وإنما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل فكان الحال قبله مراعى : أى موقوفاً إن عمل ضمن وإلا فلا . ولأبي حنيفة أن الدفع قبل العمل

(قوله وفيه نظر ، لأننا إذا جعلنا الجارية رأس المال وقد عتقت بالاستيلاء الخ) أقول : وجوابه أن الاستثناء مقدم لأن الولد أصل في الدعوة والحرية والأم تتبعه ، وينبغى أن يكون مراد المحجب هذا .

(باب المضارب يضارب)

أن الدفع قبل العمل إيداع وبعده إبطاع ، والفعالان يملكهما المضارب فلا يضمن بهما ، إلا أنه إذا ربح فقد أثبت له شركة في المال فيضمن كما لو خلطه بغيره ، وهذا إذا كانت المضاربة صحيحة ، فإن كانت فاسدة لا يضمنه الأول ، وإن عمل الثاني لأنه أجبر فيه وله أجر مثله فلا تثبت الشركة به . ثم ذكر في الكتاب يضمن الأول ولم يذكر الثاني . وقيل ينبغى أن لا يضمن الثاني عند أبي حنيفة رحمه الله . وعندهما يضمن بناء على اختلافهم في مودع المودع . وقيل رب المال بالخيار إن شاء ضمن الأول وإن شاء ضمن الثاني بالإجماع

ومن نفسه قطعا ، وإنما المركب منهما الاثنان : نعم إن مضاربة المضارب لما اقتضت المضاربة الأولى جاز أن يحصل من مجموعهما أمر مركب في العقل لكنه ليس بمدار الحكم في هذا الباب كما لا يخفى على ذوي الألباب (قوله وبعده إبطاع) قال بعض الفضلاء فيه بحث ، والظاهر أن يقول توكيل كما في شرح الكنز للعلامة الزيلعي اه . أقول : ليس الأمر كما فهمه ، فإن المحكوم عليه هاهنا بأنه إبطاع إنما هو الدفع لا عقد المضاربة : والذي ينافي الإبطاع ويلتزم التوكيل إنما هو عقد المضاربة لا الدفع نفسه ، فإنه إنما يلتزم الإيداع قبل العمل والإبطاع بعده لا التوكيل ، لأن التوكيل تفويض التصرف لأجل الموكل إلى غيره ، وهذا المعنى لا يحصل من الدفع نفسه ، بخلاف عقد المضاربة كما لا يخفى . وأما ما في شرح الكنز للعلامة الزيلعي فلم يحكم على الدفع نفسه بأنه توكيل فإنه قال فيه : ووجه الروى عن أبي حنيفة أن العقد المجرد لا يوجب الضمان . ولهذا لا يضمن الفضولي بمجرد بيع مال الغير ولا بالتسليم لأجل التصرف لأنه إيداع وهو يملك ذلك . ولا بالتصرف لأنه وكيل فيه على ما بينا من قبل اه . ولا يخفى أن المفهوم منها أن المضارب وكيل لأن الدفع نفسه توكيل . ولا كلام في أن المضارب وكيل بحكم عقد المضاربة . وأما أنه وكيل بحكم الدفع فقط فلم يقل به أحد (قوله وهذا إذا كانت المضاربة صحيحة) قال في النهاية ومعراج الدراية : أى الضمان عليهما عند الربح أو العمل على الاختلاف الذى ذكرنا فيما إذا كانت المضاربة صحيحة . وقال في العناية وشرح العيني : أى وجوب الضمان على الأول أو عليهما بالربح أو العمل على ما ذكرنا إذا كانت المضاربة صحيحة . أقول : لا يمتثل أن يكون المشار إليه بهذا هاهنا وجوب الضمان عليهما ، أى على المضارب الأول والثاني ، بل كون المشار إليه به هنا هو الضمان على الأول متعين ، لأن المذكور في الكتاب هو ضمان الأول لا غير . ولم يمر من المصنف إلى الآن شيء يشعر بضمن الثاني أيضا . فكيف يصح أن يجعل كلمة هذا هاهنا إشارة إلى الضمان عليهما ، وشأن اسم الإشارة أن يشار به إلى المحسوس المشاهد أو ما هو بمنزلة المحسوس المشاهد على ما عرف في محله . ووجوب الضمان على الثاني مما لم تشم رائحته قط إلى الآن فضلا عن أن يجعل بمنزلة المحسوس المشاهد ، على أن المصنف هاهنا بصدد بيان ما ذكر في الكتاب من ضمان الأول لرب المال ، وأما أن الثاني هل يضمن أيضا أم لا فيبينه بعد مفصلا

لإيداع ، وبعده إبطاع ، والفعالان يملكهما المضارب فلا يضمن بهما لعدم المخالفة بهما ، إلا أنه إذا ربح فقد أثبت له شركة في المال فصار مخالفا لاشتراك الغير في ربح مال رب المال . وفي ذلك إلتلاف فيوجب الضمان كما لو خلطه بغيره ، وهذا أى وجوب الضمان على الأول أو عليهما بالربح أو العمل على ما ذكرنا إذا كانت المضاربة صحيحة ، وأطلق القول ليتناول كلا منهما فإن الأولى إذا كانت فاسدة أو الثانية أو كليهما جميعا لم يضمن الأول لأن الثاني أجبر فيه وله أجر مثله فلم تثبت الشركة الموجبة للضمان . فإن قيل : إذا كانت الأولى فاسدة لم يتصور جواز الثانية لأن ميناها على الأولى فلا يستقيم التقسيم . أجيب بأن المراد بجواز الثانية حيثما ما يكون جائزا بحسب الصورة بأن يكون المشروط للثاني من الربح مقدار ما تجوز به المضاربة في الحملة بأن كان المشروط للأول نصف الربح ومائة مثلا وللثاني نصفه (قوله ثم ذكر في الكتاب) يعنى القدر (يضمن الأول ولم يذكر الثاني وقيل) اختيارا منه لقول من قال من المشايخ (ينبغى أن لا يضمن الثاني عند أبي حنيفة . وعندهما يضمن بناء على اختلافهم في مودع المودع ، ومنهم من يقول رب المال بالخيار . بين تضمين الأول والثاني) في هذه المسئلة (بإجماع) أصحابنا

(قال المصنف : وبعده إبطاع ، أقول : فيه بحث ، والظاهر أن يقول توكيل كما في شرح الكنز للعلامة الزيلعي .

وهو المشهور . وهذا عندهما ظاهر وكذا عنده . ووجه الفرق له بين هذه وبين مودع المودع الثاني يقبضه لمنفعة الأول فلا يكون ضامنا ، أما المضارب الثاني يعمل فيه لنفع نفسه فجاز أن يكون ضامنا . ثم إن ضمن الأول صحة المضاربة بين الأول وبين الثاني وكان الربح بينهما على ما شرطاً لأنه ظهر أنه ملكه بالضمان من حين خالف بالدفع إلى غيره لأعلى الوجه الذي رضى به فصار كما إذا دفع مال نفسه ، وإن ضمن الثاني رجع على الأول بالعقد لأنه عامل له كما في المودع ولأنه مغرور من جهته في ضمن العقد . وتصح المضاربة والربح بينهما على ما شرطاً لأن قرار الضمان على الأول فكأنه ضمنه ابتداء . ويطيب الربح للثاني ولا يطيب للأعلى لأن الأسفل يستحقه بعمله ولا خبث في العمل ، والأعلى يستحقه بملكه المستند بأداء الضمان ولا يعرى عن نوع خبث . قال (فإذا دفع رب المال مضاربة بالنصف وأذن له بأن يدفعه إلى غيره فدفعه بالثلث وقد تصرف الثاني وربح : فإن كان رب المال قال له على أن مارزق الله فهو بيننا نصفان فرب المال النصف والمضارب الثاني الثلث وللمضارب الأول السدس) لأن الدفع إلى الثاني مضاربة قد صح لوجود الأمر به من جهة المالك ورب المال شرط لنفسه نصف جميع مارزق الله تعالى فلم يبق للأول إلا النصف فيتصرف تصرفه إلى نصيبه وقد جعل من ذلك بقدر ثلث الجميع للثاني فيكون له فلم يبق إلا السدس ، ويطيب لهما ذلك لأن فعل الثاني واقع للأول كمن استؤجر على خياطة ثوب بدرهم واستأجر غيره عليه بنصف

بقوله ثم ذكر في الكتاب يضمن الأول ولم يذكر الثاني الخ فهو هاهنا معزول عنه (قوله لأنه ملكه بالضمان من حين خالف بالدفع إلى غيره لأعلى الوجه الذي رضى به فصار كما إذا دفع مال نفسه) أقول : لقائل أن يقول : هذا التعليل إنما يتمشى على قول زفر . لأن تحقق المخالفة بالدفع إلى الغير إنما هو قول زفر . وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لا يتحقق المخالفة بالدفع ما لم يعمل . وعند أبي حنيفة رحمه الله لا يتحقق بالدفع ولا بالعمل ما لم يربح وقد مر ذلك كله . ولا يخفى أن الأهم بالبيان .

(و) هذا القول (هو المشهور) من المذهب (وهذا عندهما ظاهر وكذا عنده) لكن لا بد من بيان فرق بين هذه المسئلة ومسئلة مودع المودع (ووجهه أن المودع الثاني يقبضه لمنفعة الأول فلا يضمن والمضارب الثاني يعمل فيه لمنفعة نفسه) من حيث شركته في الربح (فجاز أن يكون ضامنا . ثم إن ضمن الأول صحة المضاربة) الثانية (لأنه ملكه بالضمان من وقت المخالفة بالدفع على وجه لم يرض به رب المال فصار كما إذا دفع مال نفسه ، وإن ضمن الثاني رجع على الأول بالعقد) أى بسببه (لأنه عامل له) أى للمضارب الأول (كما في المودع) واعتراض بأن كلامه متناقض لأنه قال قبل هذا يعمل فيه لمنفعة نفسه ، وهاهنا قال لأنه عامل للمضارب الأول . وأجيب باختلاف الجهة : يعنى أن المضارب الثاني عامل لنفسه بسبب شركته في الربح وعامل لغيره من حيث أنه في الابتداء مودع وعمل المودع وهو الحفظ للمودع ، والظاهر من كلامه عدمه لأنه قال قبل هذا يعمل فيه لمنفعة نفسه ولم يقل عامل لنفسه ، ويجوز أن يكون الشخص عاملا لغيره لمنفعة نفسه فلا تناقض بينهما حينئذ (ولأنه مغرور من جهته في ضمن العقد) فإن الأول قد غره . والثاني اعتمد قوله في ضمن عقد المضاربة والمغرور في ضمن العقد يرجع على الغار (وتصح المضاربة) الثانية (والربح بينهما على ما شرطاً ، لأن قرار الضمان على الأول فكأنه ضمنه ابتداء ، ويطيب الربح للثاني ولا يطيب للأول لأن الثاني يستحقه بعمله ولا خبث فيه والأول يستحقه بملكه المستند بأداء الضمان ولا يعرى عن نوع خبث) لأنه ثابت من وجه دون وجه وسبيله التصديق . قال (فإن دفع إليه رب المال مضاربة بالنصف الخ) هذه المسئلة إلى آخرها ظاهرة لا يحتاج فيها إلى شرح ، وإنما قال يطيب لهما ذلك : أى للمضارب الأول والثاني الثلث والسدس لأن الأول وإن لم يعمل بنفسه شيئا فقد باشر العقدين ؛ ألا ترى أنه لو أبضع المال مع غيره أو أبضعه رب المال حتى ربح كان نصيب

(قوله واعتراض ، إلى قوله : وأجيب باختلاف الجهة) أقول : المتراض والمجيب هو الإتيان (قوله والظاهر من كلامه عدمه) أقول : أى عدم التناقض (قوله ويجوز أن يكون الشخص عاملا لغيره لمنفعة نفسه) أقول : الظاهر أن اللام للمنفعة .

— ٤٦٤ —

درهم (وإن كان قال له على أن ما رزقك الله فهو بيننا نصفان للمضارب الثاني الثلث والباقي بين المضارب الأول ورب المال نصفان) لأنه فوّض إليه التصرف وجعل لنفسه نصف مارزق الأول وقد رزق الثلثين فيكون بينهما ، بخلاف الأول لأنه جعل لنفسه نصف جميع الربح فافترقا (ولو كان قال له فما ربحت من شيء فيني وبينك نصفان وقد دفع إلى غيره بالنصف فللثاني النصف والباقي بين الأول ورب المال) لأن الأول شرط للثاني نصف الربح وذلك مفوّض إليه من جهة ربّ المال فيستحقّه . وقد جعل ربّ المال لنفسه نصف ما ربح الأول ولم يربح إلا النصف فيكون بينهما (ولو كان قال له على أن مارزق الله تعالى في نصفه . أو قال فما كان من فضل فيني وبينك نصفان وقد دفع إلى آخر مضاربة بالنصف فلربّ المال النصف وللمضارب الثاني النصف ولا شيء للمضارب الأول) لأنه جعل لنفسه نصف مطلق الفضل فينصرف شرط الأول النصف للثاني إلى جميع نصيبه فيكون للثاني بالشرط ويخرج الأول بغير شيء . كمن استؤجر ليخيط ثوبا بدرهم فاستأجر غيره ليخيطه بمثله (وإن شرط للمضارب الثاني ثلثي الربح فلربّ المال النصف وللمضارب الثاني النصف ويضمن المضارب الأول للثاني سدس الربح في ماله) لأنه بشرط للثاني شيئا هو مستحقّ لربّ المال فلم ينفذ في حقه لما فيه من الإبطال ، لكن التسمية في نفسها صحيحة لكون المسمى معلوما في عقد يملكه وقد ضمن له السلامة فيلزمه الوفاء به ، ولأنه غرّه في ضمن العقد وهو سبب الرجوع فلهذا يرجع عليه . وهو نظير من استؤجر لخياطة ثوب بدرهم فدفعه إلى من يخيطه بدرهم ونصف .

(فصل)

(وإذا شرط المضارب لربّ المال ثلث الربح ولعبد ربّ المال ثلث الربح على أن يعمل معه ولنفسه ثلث الربح فهو جائز)

والتعليل هاهنا قول أبي حنيفة لكونه المذكور في الكتاب ، ثم قولهما لكونه ظاهر الرواية فلا ينبغي أن يساق التعليل على وجه يختص بقول زفر فليتأمل في التوجيه .

(فصل)

(قوله وإذا شرط المضارب لربّ المال ثلث الربح ولعبد ربّ المال ثلث الربح على أن يعمل معه ولنفسه ثلث الربح فهو جائز) هذه من مسائل الجامع الصغير ، وقد تكلم الشراح في أمر التقييد بعبد ربّ المال فيها فقال صاحب النهاية : التقييد

المضارب من الربح طيباله وإن لم يعمل بنفسه ، وإنما قال غرّه في ضمن العقد لأن المغرور إذا لم يكن في ضمنه لا يوجب الضمان كما إذا قال الآخر هذا الطريق آمن فأسلكه ولم يكن آمنا فأسلكه فقطع عليه الطريق وأخذ ماله فلا ضمان عليه .

(فصل)

لما كان للمضارب بعد إدخال عقد المضاربة أو ربّ المال حكم غير مذكور ذكره في فصل على جلبة فقال (وإذا شرط المضارب لربّ المال ثلث الربح ولعبد ربّ المال ثلثه على أن يعمل العبد معه ولنفسه ثلثه فهو جائز) فقوله ولعبد ربّ المال

(فصل وإذا شرط المضارب)

(قال المصنف : ولعبد ربّ المال ثلث الربح) أقول : قال الكاكي : قيد بعبد ربّ المال لأن فيه خلاف بعض أصحاب الشافعي وبعض

لأن للعبد يدا معتبرة خصوصاً إذا كان مأذوناً له واشتراط العمل إذن له . ولهذا لا يكون للمولى ولاية أخذ ما أودعه العبد وإن كان محجوراً عليه ، ولهذا يجوز بيع المولى من عبده المأذون له ، وإذا كان كذلك لم يكن مانعاً من التسليم والتخليّة بين المال والمضارب ، بخلاف اشتراط العمل على رب المال لأنه مانع من التسليم على مامر ، وإذا صحّت المضاربة يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلثان للمولى . لأن كسب العبد للمولى إذا لم يكن عليه دين . وإن كان عليه دين فهو للغرماء . هذا إذا كان العاقد هو المولى . ولو عقد العبد المأذون عقد المضاربة مع أجنبي وشرط العمل على المولى لا يصح إن لم يكن عليه دين لأن هذا اشتراط العمل على المالك ، وإن كان على العبد دين صح عند أبي حنيفة لأن المولى بمنزلة الأجنبي عنده على ماعرف ، والله أعلم .

بعبد ربّ المال لا للشرط ، فإن الحكم في عبد المضارب كذا أيضاً ، ونقل عن الذخيرة والمعنى تفصيلاً يدل على ذلك . وقال صاحب معراج الدراية : التقييد بعبد ربّ المال لا للشرط ، فإن حكم عبد المضارب كذلك ، وكذا لو شرط الأجنبي : وكذا كل من لا يقبل شهادة المضارب أو شهادة ربّ المال له . وقيل قيد بعبد ربّ المال لأن فيه خلافاً لبعض أصحاب الشافعي وبعض أصحاب أحمد وفي غيره لا خلاف . وجه قول البعض إن يد الغلام كيد سيده فلا يجوز اشتراط عمله كاشتراط عمل ربّ المال انتهى كلامه . وردّ عليه بعض الفضلاء فيما ذكره بقيل حيث قال بعد نقل ذلك عنه : وفيه بحث ، لأنه لا خلاف في جواز اشتراط عمل عبد المضارب أو الأجنبي على أن يكون له الثلث انتهى . أقول : لا يفهم لهذا البحث وجه ورود على ذلك المنقول

في مقابلته شيثان : عبد المضارب ، والأجنبي ، وليس ذلك باحتراز عن الأول لأن حكم عبد المضارب فيما نحن فيه حكم عبد ربّ المال فيجوز أن يكون احترازاً عن الثاني ، فإنه إذا شرط ذلك للأجنبي على أن يعمل مع المضارب صح الشرط والمضاربة جميعاً وصارت المضاربة مع الرجلين ، وإن لم يشترط وعمل الأجنبي معه صحّت المضاربة مع الأول والشرط باطل ، ويجعل الثلث المشروط للأجنبي كالمسكوت عنه فيكون لربّ المال ، لأن الربح إنما يستحق برأس المال أو بالعمل أو بضمان العمل ولم يوجد من ذلك شيء . وقوله على أن يعمل العبد معه احتراز عما إذا لم يشترط ذلك فإن فيه تفصيلاً ، إما أن يكون على العبد دين أو لا ، فإن لم يكن صح الشرط سواء كان العبد عبد المضارب أو عبد ربّ المال ، لأنه لما تعذر تصحيح هذا الشرط في حق العبد بما ذكرنا من انتفاء ما يوجب استحقاق الربح في حقه جعلناه شرطاً في حق مولاه ، لأن ما هو شرط للعبد شرط لمولاه إذا لم يكن عليه دين وإن كان عليه دين ، فإن كان عبد المضارب فعلى قول أبي حنيفة لا يصح الشرط ، والمشروط كالمسكوت عنه فيكون لربّ المال لأنه تعذر تصحيح هذا الشرط للعبد وتعذر تصحيحه للمضارب ، لأنه لا يملك كسب عبده عند أبي حنيفة إذا كان على العبد دين ، وعندهما يصح الشرط ويجب الوفاء به ، وإن كان عبد ربّ المال فالمشروط لربّ المال بلا خلاف ، وأما إذا شرطاً أن يعمل العبد وهو المذكور في الكتاب صريحاً فهو جائز على ما شرط سواء كان على العبد دين أو لم يكن (لأن للعبد يدا معتبرة لا سيما إذا كان مأذوناً له واشتراط العمل إذن له ، ولهذا) أي ولأن للعبد يدا معتبرة (لا يكون للمولى ولاية أخذ ما أودعه العبد وإن كان محجوراً عليه ، ولهذا) أي ولكون اليد معتبرة خصوصاً إذا كان مأذوناً له (يجوز بيع المولى من عبده المأذون له) يعني إذا كان مديوناً على ماسيجي (وإذا كان له يد معتبرة لم يكن اشتراط عمله مانعاً من التسليم والتخليّة بين المال والمضارب ، بخلاف اشتراط العمل على ربّ المال لأنه مانع من التسليم على مامر ، وإذا صحّت المضاربة) والشرط (يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلثان للمولى ، لأن كسب العبد للمولى إذا لم يكن عليه دين ، وإذا كان عليه دين فهو للغرماء ، هذا إذا كان العاقد هو المولى ، ولو عقد المأذون له الخ) ظاهر .

أصحاب أحمد . وجه قولهم إن يد الغلام كيد سيده فلا يجوز اشتراط عمله كاشتراط عمل ربّ المال انتهى . وفيه بحث ، لأنه لا خلاف في جواز اشتراط عمل عبد المضارب أو الأجنبي على أن يكون له الثلث (قوله فيجوز أن يكون احتراز عن الثاني) أقول : فيه تأمل (قوله فإنه إذا شرط ذلك للأجنبي) أقول : عبداً أو حراً ابن المضارب أو زوجته أو غيرها .

(فصل في العزل والقسمة)

قال (وإذا مات رب المال أو المضارب بطلت المضاربة لأنه توكيل على ماتقدم ، وموت الموكل يبطل الوكالة ، وكذا موت الوكيل ولا تورث الوكالة وقد مر من قبل .

أصلا ، بل هذا يؤيد ذلك لأن قوله لأنه لا خلاف في جواز اشتراط عمل عبد المضارب الخ يصير بيانا لما قيل ، وفي غيره لا خلاف فلا مخالفة بين البحث ومورده فضلا عن المناقاة . ثم إن محصول ذلك المنقول أنه إذا كان في عبد رب المال خلاف لا في غيره كان ذكر عبد رب المال محل الاحتياط والاهتمام دون ذكر غيره فلذلك قيد به ، وهذا مما لا يقدح فيه البحث المذكور أصلا كما لا يخفى على الفطن . وقال صاحب العناية : قوله ولعبد رب المال في مقابلته شيئا : عبد المضارب ، والأجنبي ؛ وليس ذلك باحتراز عن الأول لأن حكم عبد المضارب فيما نحن فيه حكم عبد رب المال فيجوز أن يكون احترازا عن الثاني ، فإنه إذا شرط ذلك للأجنبي على أن يعمل مع المضارب صح الشرط والمضاربة جميعا وصارت المضاربة مع الرجلين ، وإن لم يشترط عمل الأجنبي معه صحّت المضاربة مع الأول والشرط باطل ، ويجعل الثلث المشروط للأجنبي كالمسكوت عنه فيكون لرب المال ، لأن الربح إنما يستحق برأس المال أو بالعمل أو بضمان العمل ولم يوجد من ذلك شيء انتهى كلامه . أقول : فيه بحث لأنه لا يكاد أن يحصل الاحتراز بقوله ولعبد رب المال عن الأجنبي أصلا : أي سواء شرط أن يعمل مع المضارب أو لم يشترط . أما إذا شرط ذلك فلأن حكم الأجنبي حينئذ عين حكم عبد رب المال حيث يصح الشرط والمضاربة جميعا فكيف يتصور الاحتراز مع الاتحاد في الحكم . وأما إذا لم يشترط ذلك فلأنه وإن تغير الحكم حينئذ حيث يبطل الشرط ، لكن السبب فيه عدم اشتراط العمل لا لكونه أجنبيا ، فالاحتراز عنه إنما يحصل بقوله على أن يعمل معه لا بقوله ولعبد رب المال ؛ ألا ترى أنه لو قال بدل قوله ولعبد رب المال ثلث الربح على أن يعمل معه وللأجنبي ثلث الربح على أن يعمل معه لخرج الأجنبي الذي لم يشترط له العمل مع المضارب من حكم المسئلة أيضا فلم يكن لقوله ولعبد رب المال مدخل في الاحتراز عنه أصلا . وقال صاحب الكفاية : التقييد بعبد رب المال مع أن الحكم في عبد المضارب كذلك عند اشتراط العمل لدفع ما يتوهم أن يد العبد يد للمولى فيمتنع التخليه فقال هو جائز انتهى كلامه . أقول : هذا هو الحق عندي ، ولقد أشار إليه المصنف في تعليل المسئلة حيث قال لأن للعبد يدا معتبرة خصوصا إذا كان مأذونا له ، ثم قال : وإذا كان كذلك لم يكن مانعا من التسليم والتخليه بين رب المال والمضارب تأمل تقف .

(فصل في العزل والقسمة)

أي في عزل المضارب وقسمته الربح

لما فرغ من بيان حكم المضاربة والربح ذكر في هذا الفصل الحكم الذي يوجد بعد ذلك ، لأن عزل المضارب بعد تحقق عقد المضاربة وكذا القسمة بعد تحقق مال الربح (قوله وإذا مات رب المال أو المضارب بطلت المضاربة لأنه توكيل على ماتقدم وموت الموكل يبطل الوكالة وكذا موت الوكيل) قال في العناية أخذا من النهاية :

(فصل في العزل والقسمة)

لما فرغ من بيان حكم المضاربة والربح آل الأمر إلى ذكر الحكم الذي يوجد بعده وهو عزل المضارب وقسمة مال المضاربة في هذا الفصل . قال (وإذا مات رب المال أو المضارب بطلت المضاربة الخ) (إذا مات رب المال أو المضارب بطلت المضاربة لأنه توكيل على ماتقدم ، وموت الموكل تبطل الوكالة . ورد بأنه لو كان توكيلا لما رجع المضارب على رب المال

(فصل في العزل والقسمة)

(وإن ارتدَّ ربّ المال عن الإسلام) والعياذ بالله (ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة لأن اللحق بمنزلة الموت ؛ ألا ترى أنه يقسم ماله بين ورثته وقبل لحوقه يتوقف تصرف مضاربه عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه يتصرف له فصار كتصرفه بنفسه

ورذّ بأنه لو كان توكيلا لما رجع المضارب على رب المال مرة بعد أخرى إذا هلك الثمن عند المضارب بعد ما اشترى شيئا كالوكيل إذا دفع إليه الثمن قبل الشراء وهلك في يده بعده فإنه يرجع به على الموكل . ثم لو هلك بعد ما أخذه ثانيا لم يرجع به عليه مرة أخرى ، وبأنه لو كان توكيلا لانعزل إذا عزله رب المال بعد ما اشترى بمال المضاربة عروضاً كما في التوكيل إذا علم به . وبأنه لو كان توكيلا لما عاد المضارب على مضاربه إذا لحق رب المال بدار الحرب مرتداً ثم عاد مسلماً كالوكيل . والجواب عن ذلك كله سيأتي انتهى كلامه . يريد بالجواب الآتي عن الردّ الأول ما يأتي في الكتاب قبيل فصل الاختلاف من بيان الفرق بين المضاربة والوكالة في المسئلة الأولى . وبالجواب الآتي عن الردّ الثاني ما يأتي في الكتاب أيضاً في هذا الفصل من بيان علة عدم انعزال المضارب في المسئلة الثانية . وبالجواب الآتي عن الردّ الثالث ما يأتي في الشروح في المسئلة الآتية المتصلة بما نحن فيه من بيان وجه المسئلة الثالثة . أقول : الذي يعلم مما ذكر في المواضع الثلاثة الآتية إنما هو الفرق بين المضاربة والتوكيل في تلك المسائل الثلاث ، وبذلك لا يحصل الجواب عن الردّ بالوجه الثلاثة المذكورة هاهنا لأن حاصله القدر في الدليل الذي ذكره المصنف بقوله لأنه توكيل بأنه لو كان توكيلا لما خالف حكمه حكم التوكيل في المسائل الثلاث المزبورة ، وبالفارق بين المضاربة والتوكيل في تلك المسائل لا يظهر كون المضاربة توكيلا حتى يتدفع رد الدليل المذكور هاهنا بتلك المسائل ، بل يظهر به خلاف ذلك فيتأكد الردّ والإشكال . فإن قلت : المراد بما في الدليل المذكور أن المضاربة توكيل في بعض الأحكام دون جميعها فلا يقدح فيه اختلافهما في الوجه الثلاثة المذكورة . قلت : فحينئذ لا يفيد الدليل المدعى ، إذ لا يلزم من كون المضاربة توكيلا في بعض الأحكام كونها توكيلا فيما نحن فيه فلا يتم التقريب . فإن قيل : المراد أنها توكيل في بعض الأحكام الذي من جملته ما نحن فيه . قلنا : فحينئذ لا يصلح ما ذكر في معرض الدليل لأن يكون دليلاً أصلاً لصيرورته أخفى من المدعى ولا أقل من أن يصير مثل المدعى في المعرفة والجهالة فلا يتم المطلوب تأمل (قوله وإن ارتدَّ ربّ المال عن الإسلام ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة) قال الشراح : هذا إذا لم يعد مسلماً ، أما إذا عاد مسلماً قبل القضاء بلحاظه أو بعده فكان عقد المضاربة على ما كان . أما قبل القضاء بلحاظه فلا لأنه بمنزلة الغيبة وهي لا توجب بطلان المضاربة . وأما بعد القضاء به فلمكان حق المضارب كما لو كان مات حقيقة وعزاه جماعة منهم إلى المبسوط . أقول : فيه إشكال ، أما أولاً فلا أنه لو مات حقيقة بطلت المضاربة قطعاً كما مر في المسئلة المتقدمة آتياً فكيف يصح قولهم كما لو مات حقيقة ؟ اللهم إلا أن يقيد قولهم كما لو مات بمال كون المال عروضاً فإن المضارب لا ينعزل حينئذ كما سيأتي في الكتاب . وأما ثانياً فلا أنه إن كانت علة بقاء عقد المضاربة على حاله فيما إذا عاد مسلماً بعد القضاء بلحاظه هي مكان حق المضارب كان ينبغي أن يبقى على حاله فيما إذا لم يعد أيضاً بهذه العلة فليتأمل . ثم أقول : الذي يظهر من

مرة بعد أخرى إذا هلك الثمن عند المضارب بعد ما اشترى شيئا ، كالوكيل إذا دفع إليه الثمن قبل الشراء له وهلك في يده بعده فإنه يرجع به على الموكل ، ثم لو هلك بعد ما أخذه ثانياً لم يرجع به عليه مرة أخرى ، وبأنه لو كان توكيلا لانعزل إذا عزله رب المال بعد ما اشترى بمال المضاربة عروضاً كما في التوكيل إذا علم به ، وبأنه لو كان توكيلا لما عاد المضارب على مضاربه إذا لحق رب المال بدار الحرب مرتداً ثم عاد مسلماً كالوكيل ، والجواب عن ذلك كله سيأتي . (وإذا ارتدَّ ربّ المال عن الإسلام والعياذ بالله ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة) : يعني إذا لم يعد مسلماً ، أما إذا عاد مسلماً قبل القضاء أو بعده

(قوله ثم عاد مسلماً كالوكيل) أقول : قال الإيتافي : فإنه إذا رجع الموكل مسلماً لا تمرد الوكالة في ظاهر الرواية خلافاً لما روي من محمد ، وقد صرح في باب عزل الوكيل .

(ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها) لأن له عبارة صحيحة . ولا توقف في ملك رب المال فبقيت المضاربة . قال (فإن عزل رب المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى اشترى وباع فتصرفه جائز) لأنه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصدا يتوقف على علمه (وإن علم بعزله والمال عروض فاه أن يبيعها ولا يمنعه العزل من ذلك) لأن حقه قد ثبت في الربح ؛ وإنما يظهر بالقسمة وهي تبتنى على رأس المال ، وإنما ينقص بالبيع . قال (ثم لا يجوز أن يشتري بضمنها شيئا آخر) لأن العزل إنما لم يعمل ضرورة معرفة رأس المال وقد اندفعت حيث صار نقدا . فيعمل العزل (فإن عزله ورأس المال دراهم أو دنانير وقد نصت لم يحزله أن يتصرف فيها) لأنه ليس في إعمال عزله لإبطال حقه في الربح فلا ضرورة . قال : وهذا الذي ذكره إذا كان من جنس رأس المال ، فإن لم يكن

تعليل المصنف هذه المسئلة ، وما ذكر في بعض المعتمرات أن لا يكون فرق في بطلان المضاربة بين ما إذا لم يعد مسلما وبين ما إذا عاد مسلما بعد لحوقه بدار الحرب مرتدا سيما بعد القضاء بلحاظه . أما ظهور ذلك من تعليل المصنف هذه المسئلة فلأنه قال في تعليله إياها لأن الحقوق بمنزلة الموت عندنا ؛ ألا يرى أنه يقسم ماله بين ورثته ، ولا يخفى أن المضاربة لا تبتنى بعد الموت على ما كانت بل تبطل بالموت قطعا كما مر ، فكذا بما هو بمنزلة الموت . وأما ظهوره مما ذكر في بعض المعتمرات فلأنه قال في البدائع : ولو ارتد رب المال فباع المضارب أو اشترى بالمال بعد الردة فذلك كله موقوف في قول أبي حنيفة إن رجع إلى الإسلام بعد ذلك نفذ ذلك كله والتحق رده بالعدم في جميع أحكام المضاربة وصار كأنه لم يرتد أصلا ، وكذا إذا لحق بدار الحرب ثم عاد مسلما قبل أن يحكم بلحاظه بدار الحرب على الرواية التي تشترط حكم الحاكم بلحاظه للحكم بموته وصيرورة أمواله ميراثا لورثته . فإن مات أو قتل على الردة أو لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاظه بطلت المضاربة اهـ . ولا يخفى أن المفهوم من قوله ثم عاد مسلما قبل أن يحكم بلحاظه بدار الحرب بطلان المضاربة لو عاد مسلما بعد أن يحكم بلحاظه بدار الحرب ، ومن قوله على الرواية التي تشترط حكم الحاكم بلحاظه للحكم بموته بطلانها ؛ ولو عاد قبل أن يحكم بلحاظه على الرواية التي لم تشترط حكم الحاكم بلحاظه للحكم بموته ، وأن الظاهر من إطلاق قوله فإن مات أو قتل على الردة أو لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاظه بطلت المضاربة بعد أن تعرض لعوده مسلما فيما سبق بطلانها بعد القضاء بلحاظه وإن عاد مسلما . وقال الإمام الإسيباني في شرح الكافي للحاكم الشهيد : ولو ارتد رب المال ثم قتل أو مات أو لحق بدار الحرب فإن القاضي يجيز البيع والشراء على المضارب والربح له ويضمنه رأس المال في قياس قول أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد : هو على المضاربة بالولاية الأصلية فيتوقف ، ويبطل بالموت أو بالقضاء بالحقوق ، ولو لم يرفع الأمر إلى القاضي حتى عاد المرتد مسلما جاز جميع ذلك على المضاربة لأنه انتقضت رده قبل اتصال القضاء بها فبطل حكمها اهـ . ولا يخفى أن الظاهر من هذا أيضا أنه لو عاد مسلما بعد القضاء بلحاظه بطلت المضاربة بالاتفاق (قوله ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها) في معنى كلام المصنف هذا احتمالان عقليان : أحدهما أن يكون قوله هذا ناظرا إلى قوله وإن ارتد

فكانت المضاربة كما كانت ، أما قبل القضاء فلأنه بمنزلة الغيبة وهي لا توجب بطلان المضاربة ، وأما بعده فلحق المضارب كما لو مات حقيقة ، وأما قبل لحوقه فيتوقف تصرف المضارب عند أبي حنيفة لأن المضارب يتصرف لرب المال فكان كتصرف رب المال بنفسه وتصرفه موقوف عنده ، فكذا تصرف من يتصرف له . ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها في قولهم جميعا حتى لو اشترى وباع وربح أو وضع ثم قتل على رده أو مات أو لحق بدار الحرب فإن جميع ما فعل من ذلك جائز ، والربح بينهما على ما شرطنا لأن له عبارة صحيحة ، لأن صحته بالآدمية والتمييز ولا خلل في ذلك ، والعبارة الصحيحة مبنى صحة الوكالة وتوقف تصرف المرتد لتعلق حق الوارث ، ولا توقف في ملك رب المال لعدم تعلقهم به فبقيت المضاربة ، خلا أن ما يلحقه في العهدة فيما باع واشترى يكون على رب المال في قول أبي حنيفة ، لأن حكم العهدة يتوقف برده ، لأنه لو لزمته لقضى من ماله ولا تصرف له فيه ، فكان كالصبي المحجوز إذا توكل عن غيره بالبيع والشراء . وفي قول أبي يوسف ومحمد حالته في التصرف بعد الردة كهنى فيه قبلها فالعهدة عليه ويرجع على رب المال . قال (فإن عزل رب المال المضارب النخ)

بأن كان دراهم ورأس المال دنانير أو على القلب له أن يبيعها بجنس رأس المال استحسانا لأن الربح لا يظهر إلا به وصار كالعروض ،

رب المال ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة فيكون المعنى ولو كان المضارب هو المرتد اللاحق بدار الحرب فالمضاربة على حالها : أى هي غير باطلة . وثانيهما أن يكون قوله هذا ناظرا إلى قوله وقبل لحوقه يتوقف تصرف مضاربه عند أبي حنيفة فيكون المعنى : ولو كان المضارب هو المرتد قبل لحوقه فالمضاربة على حالها : أى لا يتوقف تصرفه عند أبي حنيفة أيضا بل يجوز جميع تصرفاته عندهم جميعا . وقد ذهب إلى المعنى الأول صدر الشريعة في شرح الوقاية حيث قال في شرح قول صاحب الوقاية : وتبطل بموت أحدهما ولحاق المالك مرتدا ، بخلاف لحاق المضارب بدار الحرب مرتدا حيث لا تبطل المضاربة لأن له عبارة صحيحة اهـ . واقتنى أثره من المتأخرين صاحب الدرر والغرر وصاحب الإصلاح والإيضاح : وهو الظاهر من نفس عبارة الوقاية أيضا حيث أضيف فيها الموت المبطل إلى أحدهما مطلقا واللاحق المبطل إلى المالك فقط . فدل على أن لحاق المضارب لا يبطل بناء على أن تخصيص الشيء بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه بالاتفاق كما نصوا عليه . أقول : ذلك المعنى ليس بصحيح عندي ، إذ قد تقرر في باب أحكام المرتدين أن المرتد إذا لحق بدار الحرب وحكم الحاكم بلحاقه صار من أهل الحرب وهم أموات في حق أحكام الإسلام . ولقد أفصح عنه المصنف في هذا الفصل أيضا حيث قال في تعليل بطلان المضاربة : إذا ارتد رب المال ولحق بدار الحرب لأن اللحق بمنزلة الموت ؛ ألا ترى أنه يقسم ماله بين ورثته اهـ . فإذا كان كذلك فأنى يمكن تصرف الميت حتى يصح تصرف المضارب على حاله بعد أن لحق بدار الحرب مرتدا ، على أن بطلان المضاربة إذا لحق المضارب بدار الحرب وقضى بلحاقه مصرح به في المعتبرات . قال في البدائع : وإن مات المضارب أو قتل على الردة بطلت المضاربة لأن موته في الردة كونه قبل الردة ، وكذا إذا لحق بدار الحرب وقضى بلحاقه لأن ردة مع اللحق والحكم به بمنزلة موته في بطلان تصرفه اهـ . فالحق هو المعنى الثاني وهو مراد المصنف كما يرشد إليه قوله في تعليقه ، ولا توقف في ملك رب المال ، إذ لا ريب أن هذا القول للاحتراز عن التوقف في ملك رب المال عند أبي حنيفة إذا كان هو المرتد ، والتوقف في ملكه عنده إنما يكون قبل اللحق لابعده ، فلا بد أن يكون المراد هاهنا أيضا ما يكون قبل اللحق لئلا يلقو هذا القول في التعليل ، ويشير إليه زيادة الشراح قيد في قولهم جميعا بعد قوله فالمضاربة على حالها حيث قالوا فالمضاربة على حالها في قولهم جميعا ، إذ لا شك أن زيادة هذا القيد للإيماء إلى تحقق الخلاف بين أئمتنا فيما إذا كان رب المال هو المرتد ، ولا خلاف فيه بعد اللحق ، وإنما الخلاف فيه قبل اللحق حيث يتوقف تصرف مضاربه عند أبي حنيفة ولا يتوقف عندهما بل ينفلد ، فلا بد أن يكون المراد بالوفاق في بقاء المضاربة على حالها فيما إذا كان المضارب هو المرتد هو الوفاق فيه قبل اللحق لتظهر فائدة ذلك القيد تدبر

إذا عزل رب المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى لو اشترى وباع جاز تصرفه لأنه وكيل من جهته ، وعزل الوكيل قصدا يتوقف على علمه ، وإذا علم بعزله والمال عروض فله أن يبيعها ولا يمنعه العزل عن ذلك نقدا أو نسيئة حتى لو نهاه عن البيع نسيئة لم يعمل بنهيه لأن حقه قد ثبت في الربح بمقتضى صحة العقد ، والربح إنما يظهر بالقسمة والقسمة تبني على رأس المال بتمييزه ، ورأس المال إنما ينض : أى يتيسر ويحصل بالبيع ، ثم إذا باع شيئا لا يجوز أن يشتري بالثمن شيئا آخر ، لأن العزل إنما لم يعمل ضرورة معرفة رأس المال وقد اندفعت حيث صار نقدا فيعمل ، وإن عزله ورأس المال دراهم أو دنانير فقد نصت فلم يجوز له أن يتصرف فيها لأنه ليس في إعمال عزله إبطال حقه في الربح لظهوره فلا ضرورة في ترك الأعمال ، قال : هذا الذي ذكره إن كان من جنس رأس المال ، فإن لم يكن بأن كان دراهم ورأس المال دنانير أو على القلب له أن يبيعها بجنس رأس

(قال المصنف : وعلى هذا موت رب المال ولحقه بعد الردة في بيع العروض ونحوها) أقول : الفصير في قوله ونحوها راجع إلى الموت على تأويل المنية ، ويجوز أن يرجع إلى بيع العروض على اكتساب التأنيث من المضاف إليه وفيه شيء .

وعلى هذا موت رب المال ولحقه بعد الردة في بيع العروض ونحوها . قال (وإذا افترقا وفي المال ديون وقد ربح المضارب فيه أجبره الحاكم على اقتضاء الديون) لأنه بمنزلة الأجير والربح كالأجر له (وإن لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء) لأنه وكيل محض والمتبرع لا يجبر على إيفاء ماتبرع به ،

(قوله وعلى هذا موت رب المال في بيع العروض ونحوها) وفي بعض النسخ : وعلى هذا موت رب المال ولحقه بعد الردة في بيع العروض ونحوها ، فكلية هذا في قوله وعلى هذا إشارة إلى قوله لا يمنعه العزل من ذلك : يعني لا ينزل المضارب بالعزل الحكمي إذا كان المال عروضاً بل يبيعها بعد العزل ، كما لا ينزل بالعزل القصدي في تلك الصورة لأن عدم عمل العزل فيها لئلا يلزم إبطال حق المضارب ، ولا تفاوت في ذلك بين ذينك العزلين . ثم إن ضمير المؤنث في قوله ونحوها راجع إلى العروض : أي ونحو العروض في حق البيع بأن كان رأس المال دراهم والنقد ذنانير أو على القلب . هذا ما ذهب إليه أكثر الشراح وهو المختار عندي . وأما صاحب غاية البيان فقال : وأراد بقوله ونحوها ما إذا ارتد رب المال ولحق بدار الحرب أو قتل أو مات مرتداً ثم باع المضارب العروض جاز يبيعه على المضاربة لما قلنا . والضمير في ونحوها على هذا يرجع إلى موت رب المال على تأويل المنية فينبغي أن يقال برفع الواو . أقول : فيه نظر ، لأنه مع ابتدائه على تأويل بعيد من حيث اللفظ ختل من حيث المعنى ، أما على النسخة الثانية فظاهر ، لأن ما هو نحو الموت إنما هو اللحق بدار الحرب مرتداً ، وقد ذكر هذا صريحاً في تلك النسخة بقوله ولحقه بعد الردة فلم يبق بعد ذلك محل لأن يقال ونحو الموت . وأما على النسخة الأولى فلأنه قد أدرج الموت في بيان ما هو المراد بقوله ونحوها حيث قال وأراد بقوله ونحوها ما إذا ارتد رب المال ولحق بدار الحرب أو قتل أو مات فيلزم أن يكون الموت نحو الموت وهو باطل . ثم قال صاحب الغاية : ويجوز أن يرجع إلى بيع العروض بأن يعطى للمضارب حكم المؤنث باعتبار إضافته إلى المؤنث كما في قوله « كما شرقت صدر القناة من الدم » فعلى هذا يقال يجر الواو . أقول : هذا أيضاً مع كونه تعسفاً من حيث اللفظ ركيك من حيث المعنى ، لأنه يوهم أن يجوز للمضارب بعد موت رب المال تصرف آخر في مال المضاربة نحو تصرف بيع العروض وليس كذلك . ثم قال : ويجوز أن يرجع إلى العروض على معنى في بيع العروض وفي بيع نحو العروض ، كما إذا كان رأس المال دراهم والمال ذنانير أو على العكس ، لأنها نحو العروض في أن المضارب لا ينزل بموت رب المال اه كلامه . أقول : الآن حصص الحق . والعجب أنه جعل هذا أبعد الاحتمالات مع كونه أقربها لفظاً ومعنى (قوله وإن لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء لأنه وكيل محض ، والمتبرع لا يجبر على إيفاء ماتبرع به) قال بعض الفضلاء : هذا منقوض بالكفيل فإنه متبرع ويجبر على إيفاء ما تبرع به فتأمل اه . أقول : هذا النقض مدفوع بأن المراد أن المتبرع الغير الملزم لا يجبر على إيفاء ماتبرع به ، والكفيل ملزم لأن يطالب بما على الغير على ما عرف في محله فلا يرد النقض به ، وبعبارة أخرى أن المراد أن المتبرع لا يجبر على إيفاء ماتبرع به في العقود الغير اللازمة . والكفالة عقد لازم على ما عرف أيضاً في محله فلا انتقاض . ولئن سلم إطلاق الكلام هاهنا فهو مجرى على موجب القياس والكفيل ضامن بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم « الزعيم غارم » على ما روي في كتاب الكفالة ، فلا ضير في خروجه : إذ القياس ترك فيه بالنص وبقي على حاله فيما عداه فتأمل

المال استحساناً لأن الربح لا يظهر إلا به وصار كالعروض (قوله على هذا موت رب المال) يريد به أن العزل الحكمي كالتقصدي في حق المضارب . ففي كل موضع لم يصح العزل القصدي لم يصح الحكمي ، لأن عدم عمل العزل لما فيه من إبطال حق المضارب ، ولا تفاوت في ذلك بين العزلين (وإذا افترقا وفي المال ديون وقد ربح المضارب فيه أجبره الحاكم على اقتضاء الديون لكونه بمنزلة الأجير وأجره الربح ، وإن لم يربح لم يجبر على ذلك لأنه وكيل محض) حينئذ والوكيل متبرع (والمتبرع

(قال المصنف : وإن لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء لأنه وكيل محض والمتبرع لا يجبر على إيفاء ماتبرع به الخ) أقول : هذا منقوض بالكفيل ، فإنه متبرع ويجبر على إيفاء ماتبرع به فتأمل ، ثم المضارب لا يجبر على الاقتضاء إذا لم يكن له ربح ويقال له وكل وعلى هذا سائر الوكالات .

(ويقال له وكل رب المال في الاقتضاء) لأن حقوق العقد ترجع إلى العاقد ، فلا بد من توكيله وتوكله لكي لا يضيع حقه : وقال في الجامع الصغير : يقال له أجل مكان قوله وكل ، والمراد منه الوكالة وعلى هذا سائر الوكالات والبيع والسمسار يجبران على التقاضي لأنهما يعملان بأجر عادة . قال (وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح دون رأس المال) لأن الربح تابع وصرف الهلاك إلى ما هو التبع أولى كما يصرف الهلاك إلى العفو في الزكاة (فإن زاد الهالك على الربح فلا ضمان على المضارب) لأنه أمين (وإن كانا يفتسمان الربح والمضاربة بحالها ثم هلك المال بعضه أو كله تراداً الربح حتى يستوفي رب المال رأس المال) لأن قسمة الربح لاتصح قبل استيفاء رأس المال لأنه هو الأصل وهذا بناء عليه وتبع له ، فإذا هلك ما في يد المضارب أمانة تبين أن ما استوفياه من رأس المال فيضمن المضارب ما استوفاه لأنه أخذه لنفسه وما أخذه رب المال محسوب من رأس ماله (وإذا استوفى رأس المال ، فإن فضل شيء كان بينهما لأنه ربح وإن نقص فلا ضمان على المضارب) لما بينا (ولو اقتسما الربح وفسخا المضاربة ثم عقداها فهلك المال لم يتراد الربح الأول) لأن المضاربة الأولى قد انتهت والثانية عقد جديد ، وهلاك المال في الثاني لا يؤجب انتقاض الأول كما إذا دفع إليه مالا آخر .

(فصل فيما يفعله المضارب)

(فصل فيما يفعله المضارب)

قال في غاية البيان : وكان القياس أن لا يذكر الفصل هنا بل كان ينبغي أن تذكر المسائل المذكورة فيه في أول الكتاب لا يجبر على إيفاء ما تبرع به (فإن قيل : رد رأس المال على الوجه الذي قبضه واجب عليه ، وذلك لا يتم إلا بالقبض ، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب . أجيب بأننا لانسلم أن الرد واجب ، وإنما الواجب عليه رفع يده كالمودع) يقال له وكل رب المال في الاقتضاء) فإذا فعل ذلك فقد زالت يده ، ولا بد له من ذلك (لأن حقوق العقد ترجع إليه) فإن لم يوكل يضيع حق رب المال (وفي الجامع الصغير يقال له أجل مكان قوله وكل والمراد به الوكالة) فكان في الكلام استعارة ، ومجوزها معروف وهو اشتغالها على النقل ، وإنما فسر به بذلك لأن أجل ربما يومه أن رأس المال دين في ذمة المضارب وليس كذلك (وعلى هذا سائر الوكالات) يعني الوكيل إذا باع وانعزل يقال له وكل الموكل بالاقتضاء (و) أما (البيع والسمسار) وهو الذي يعمل للغير بيعاً أو شراءً فإنهما (يجبران على التقاضي لأنهما يعملان بالأجر عادة) وإذا وصل إليه أجره أجبر على تمام عمله واستجاره قلما يخلو عن فساد ، لأنه إذا استوثر على شراء شيء فقد استوثر على ما لا يستقل به ، لأن الشراء لا يتم إلا بمساعدة البائع على بيعه وقد لا يساعده ، وقد يتم بكلمة وقد لا يتم بعشر كلمات فكان فيه نوع جهالة . والأحسن في ذلك أن يأمر بالبيع والشراء ولم يشترط أجراً فيكون وكيلاً معيناً له ، ثم إذا فرغ من عمله عوض بأجر المثل ، هكذا روى عن أبي يوسف ومحمد . قال (وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح الخ) الأصل في هذا أن الربح لا يتبين قبل وصول رأس المال إلى رب المال . قال النبي صلى الله عليه وسلم « مثل المؤمن كمثل التاجر لا يسلم له ربحه حتى يسلم له رأس ماله » فكذا المؤمن لا يسلم له نوافله حتى تسلم له عزائمه ، أو قال فرائضه ، ولأن رأس المال أصل والربح تبع : ولا معتبر بالتبع قبل حصول الأصل ، فمضى هلك منه شيء استكمل من التبع ، فإذا زاد الهلاك على الربح فلا ضمان عليه لأنه أمين ، وإن اقتسماه تراداً لأن القسمة تفيد ملكاً موقوفاً إن بقي ما أعد إلى رأس المال إلى وقت الفسخ كان ما أخذه كل منه ملكاً له . وإن هلك بطلت القسمة وتبين أن المقسوم رأس المال

(فصل فيما يفعله المضارب الخ)

(فصل فيما يفعله المضارب)

قال (ويجوز للمضارب أن يبيع بالنقد والنسيئة لأن كل ذلك من صنيع التجار فينتظمه إطلاق العقد إلا إذا باع إلى أجل لا يبيع التجار إليه لأن له الأمر العام المعروف بين الناس ، ولهذا كان له أن يشتري دابة للركوب ، وليس له أن يشتري سفينة للركوب . وله أن يستكرها اعتبارا لعادة التجار ، وله أن يأذن لعبد المضاربة في التجارة في الرواية المشهورة لأنه من صنيع التجار . ولو باع بالنقد ثم أخر الثمن جاز بالإجماع ، أما عندهما فلأن الوكيل يملك ذلك فالمضارب أولى . إلا أن المضارب لا يضمن لأن له أن يقايل ثم يبيع نسيئة ، ولا كذلك الوكيل لأنه لا يملك ذلك . وأما عند أبي يوسف فلا لأنه يملك الإقالة ثم البيع بالنسيئة . بخلاف الوكيل لأنه لا يملك الإقالة . ولو احتال بالثمن على الأيسر أو الأعسر جاز لأن الحوالة من عادة التجار ، بخلاف الوصي يحتمل بمال اليتيم حيث يعتبر فيه الأنظر ، لأن تصرفه مقيد بشرط النظر ، والأصل أن ما يفعله المضارب ثلاثة أنواع : نوع يملكه بمطلق المضاربة وهو ما يكون من باب المضاربة وتوابعها وهو ما ذكرنا ، ومن جملته التوكيل بالبيع والشراء للحاجة إليه والرهن والارتهان لأنه إبقاء واستيفاء والإجارة والاستئجار والإيداع والإيضاع والمسافرة على ما ذكرناه من قبل . ونوع ، لا يملكه بمطلق العقد ويملكه إذا قيل له اعمل برأيك ، وهو ما يحتمل أن يلحق به فيلحق عند وجود الدلالة . وذلك مثل دفع المسال مضاربة أو شركة إلى غيره وخلط مال

عند قوله وإذا صحّت المضاربة مطلقة جاز للمضارب أن يبيع ويشترى ويوكل ويسافر ويضع ويودع . إلا أنه ذكر الفصل هنا لزيادة الإفادة لأنه ذكر هنا ما لم يذكر ثم انتهى . أقول : لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن ما ذكره بقوله إلا أنه ذكر الفصل هنا لزيادة الإفادة لأنه ذكر هنا ما لم يذكر ثم لا يبعد شيئا في دفع ما ذكره أولا . لأن زيادة الإفادة إنما تقتضي أن لا يقتصر على ما ذكرنا في أول الكتاب . بل يذكر مجموع ما ذكر هنا وما ذكر ثم . ولا تقتضي أن يذكر بعضها ثم وبعضها هنا في فصل على حدة فبقى مقتضى القياس الذي ذكره في أول كلامه على حاله تبصر . وقال في النهاية والعناية : ذكر في هذا الفصل ما لم يذكره في أول المضاربة من أفعال المضارب زيادة للإفادة وتنبيه على مقصودية أفعال المضارب بالإعادة انتهى . أقول : لا يرد على هذا التقرير ما يرد على ذلك ، ولكن فيه شيء آخر يجب حله وهو أن قوله وتنبيه على مقصودية أفعال المضارب بالإعادة ينافي في الظاهر قوله ذكر في هذا الفصل ما لم يذكره في أول المضاربة من أفعال المضارب . لأن الإعادة تقتضي الذكر مرة أولى ، وقد قلنا أولا ما لم يذكره في أول المضاربة من أفعال المضارب . وحل ذلك أن المراد بالإعادة إعادة جنس أفعال المضارب لإعادة خصوص ما ذكرها هنا ، وإعادة جنسها إنما تقتضي ذكر جنسها مرة أولى لا ذكر خصوص ما يعاد من جنسها

ذكر في هذا الفصل ما لم يذكره في أول المضاربة من أفعال المضاربة زيادة للإفادة وتنبيه على مقصودية أفعال المضاربة بالإعادة . قال (ويجوز للمضارب الخ) ما كان من صنيع التجار يتناول إطلاق العقد فجاز أن يفعله المضارب وما لا فلا . فجاز للمضارب أن يبيع بالنقد والنسيئة لأنه من ذلك ، إلا إذا باع إلى أجل لا يبيع التجار إليه . قال في النهاية : بأن باع إلى عشر سنين لخروجه حينئذ من صنيع التجار ، ولهذا كان له أن يشتري دابة للركوب وليس له أن يشتري سفينة للركوب . قيل هذا في مضارب خاص كالطعام مثلا ، وأما إذا لم يخص كان له شراء السفينة والدواب إذا اشترى طعاما يحمله عليها . وظاهر كلامه يدل على أن ذلك إذا كان للركوب لا يجوز ، وإذا كان للحمل فهو ساكت عنه ، وله أن يستكرها : أي السفينة والدواب مطلقا اعتبارا لعادة التجار ، فإنه إذا اشترى طعاما لا يجد بدا من ذلك فهو من توابع التجارة في الطعام . وله أن يأذن لعبد

(قوله أي السفينة والدواب مطلقا) أقول : أي سواء كان في نوع خاص أو مطلقا (قال المصنف : وله أن يأذن لعبد المضاربة في التجارة) أقول : إيضاح آخر لقوله لأن له الأمر العام المعروف عطفًا على قوله ولهذا كان له أن يشتري .

المضاربة. بماله أو بمال غيره لأن رب المال رضى بشركته لا بشركة غيره، وهو أمر عارض لا يتوقف عليه التجارة فلا يدخل تحت مطلق العقد ولكنه جهة في التثمين، فمن هذا الوجه يوافق فيدخل فيه عند وجود الدلالة وقوله اعلم برأيك دلالة على ذلك. ونوع لا يملكه بمطلق العقد ولا بقوله اعلم برأيك إلا أن ينص عليه رب المال وهو الاستدانة، وهو أن يشتري بالدرهم والدنانير بعد ما اشترى برأس المال السلعة وما أشبه ذلك لأنه يصير المال زائدا على ما انعقد عليه المضاربة ولا يرضى به ولا يشغل ذمته بالدين، ولو أذن له رب المال بالاستدانة صار المشتري بينهما نصفين بمنزلة شركة الوجه وأخذ السفاتج لأنه نوع من الاستدانة، وكذا إعطاؤها لأنه إقراض والعق بمال وبغير مال والكتابة لأنه ليس بتجارة والإقراض والهبة والصدقة لأنه تبرع محض. قال (ولا يزوج عبدا ولا أمة من مال المضاربة) وعن أبي يوسف أنه يزوج الأمة لأنه من باب الاكتساب؛ ألا ترى أنه يستفيد به المهر وسقوط النفقة. ولهما أنه ليس بتجارة والعقد لا يتضمن إلا التوكيل بالتجارة وصار كالكتابة والإعتاق على مال فإنه اكتساب، ولكن لما لم يكن تجارة لا يدخل تحت المضاربة فكذا هذا. قال (فإن دفع شيئا من مال المضاربة إلى رب المال بضاعة فاشترى رب المال وباع فهو على المضاربة)

فلا منافاة تأمل (قوله لأن رب المال رضى بشركته لا بشركة غيره الخ) أقول: فيه شيء، وهو أن هذا الدليل قاصر عن إفادة تمام المدعى، إذ لا يجزى في صورة خلط مال المضاربة بماله وهى داخلة أيضا في المدعى كما ترى (قوله فإن دفع شيئا من مال المضاربة إلى رب المال بضاعة فاشترى رب المال وباع فهو على المضاربة) قال صاحب العناية: وكلام المصنف يوهم اختصاص الإبطاع ببعض المال حيث قال من مال المضاربة، وليس كذلك فإن الدليل لم يفصل بين بكونه بعضا أو كلا، وبه صرح في الذخيرة والمبسوط انتهى. أقول: الظاهر في بيان إيهام كلام المصنف اختصاص الإبطاع ببعض المال أن يقال حيث

المضاربة في التجارة في الرواية المشهورة لكونه من صنعهم. وقيد بالمشهورة لأن ابن رستم روى عن محمد أنه لا يملك الإذن في التجارة لأنه بمنزلة الدفع مضاربة. والفرق بينهما أن المأذون لا يصير شريكا في الربح، ولو باع نقدا ثم أخرج الثمن جاز بالإجماع. أما عند أبي حنيفة ومحمد فلا أن الوكيل يملك ذلك، فالمضارب أولى لعموم ولايته لكونه شريكا في الربح أو بعرضية ذلك، إلا أن الوكيل يضمن كما تقدم، والمضارب لا يضمن لأن له أن يقابل العقد ثم يبيع نسبيته لأنه من صنع التجار، فجعل تأجيله بمنزلة الإقالة والبيع نسبيته، ولا كذلك الوكيل فإنه يضمن إذا أخرج الثمن لأنه لا يملك الإقالة والبيع نسبيته بعد ما باع مرة لانهاء وكالته. وأما عند أبي يوسف فلا أن المضارب يملك الإقالة والبيع نسبيته كما قالاه، وإن كان الوكيل لا يملك ذلك. ولو قيل المضارب الحوالة جاز سواء كان أيسر من المشتري أو أعسر منه لما ذكرنا أنه لو أقال العقد مع الأول ثم باعه بمثله على المحتال عليه جاز، فكذا إذا قبل الحوالة ولأنه من صنعهم، بخلاف الوصي يحتال بمال اليتيم فإن تصرفه نظري فلا بد وأن يكون المحتال عليه أيسر. ثم ذكر الأصل فيما يفعله المضارب بأنواعه الثلاثة، وهو ظاهر. ثم قال (ولا يزوج عبدا ولا أمة من مال المضاربة) لأن التزويج ليس بتجارة والعقد لا يتضمن إلا التوكيل بها (وجوز أبو يوسف تزويج الأمة لأنه جعله من الاكتساب) بلزوم المهر وسقوط النفقة. والجواب أنه ليس بتجارة وإن كان فيه كسب فصار كالإعتاق على مال لا يدخل تحت المضاربة، والله أعلم. قال (فإن دفع شيئا من مال المضاربة إلى رب المال الخ) فإن دفع إلى رب المال شيئا من مال المضاربة بضاعة فاشترى به رب المال وباع لم تبطل المضاربة، خلافا لفرق فإن رب المال تصرف في مال نفسه بغير توكيل إذا لم يصرح به فيكون

(قوله إذا لم يصرح به) أقول: فيه بحث.

وقال زفر: تفسد المضاربة لأن رب المال متصرف في مال نفسه فلا يصلح وكلا فيه فيصير مستردا ولهذا لا تصح إذا شرط العمل عليه ابتداء. ولنا أن التخلية فيه قد تمت وصار التصرف حقا للمضارب فيصلح رب المال وكلا عنه في التصرف والإبضاع توكيل منه فلا يكون استردادا ، بخلاف شرط العمل عليه في الابتداء. لأنه يمنع التخلية ، وبخلاف ما إذا دفع المال إلى رب المال مضاربة حيث لا يصح لأن المضاربة تنعقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولا مال هاهنا ، فلو جوزناه يؤدي إلى قلب الموضوع ، وإذا لم تصح بقاء عمل رب المال بأمر المضارب فلا تبطل به المضاربة الأولى. قال (وإذا عمل المضارب في المصر

قال شيئا من مال المضاربة ، فإن منشأ الإيham إنما هو مجموع قوله شيئا من مال المضاربة لا قوله من مال المضاربة فقط لجواز أن يراد بكلمة من البيان لا التبعض ؛ ألا ترى أنه لو قال فإن دفع ما أخذه من مال المضاربة إلى رب المال بضاعة تعين البيان وارتفع الإيham كما لا يخفى على الفطن ، بخلاف ما إذا قال فإن دفع شيئا من مال المضاربة إلى رب المال بضاعة فإنه قريب من التصريح ببعض المال كما لا يشبهه على ذي فطرة سليمة . وعن هذا قال صاحب النهاية : وهذا اللفظ كما ترى يقتضي أن يكون المدفوع إلى رب المال بعض مال المضاربة ولم يقل حيث قال من مال المضاربة . وأما صاحب الكافي فلما رأى لفظ المصنف موهما للاختصاص بإبضاع بعض المال غيره فقال : فإن دفع المضارب مال المضاربة أو شيئا منه إلى رب المال بضاعة واشترى رب المال وباع فهي مضاربة بحالها انتهى (قوله وقال زفر : تفسد المضاربة لأن رب المال متصرف في مال نفسه فلا يصلح وكلا فيه فيصير مستردا ، ولهذا لا تصح إذا شرط العمل عليه ابتداء) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام . قال زفر : رب

مستردا للمال ؛ ولهذا لا يصح اشتراط العمل عليه ابتداء. ولنا أن الواجب هو التخلية وقد تمت فصار التصرف حقا للمضارب . وله أن يوكل ورب المال صالح لذلك ، والإبضاع توكيل لأنه استعانة ، ولما صح استعانة المضارب بالأجنبي فرب المال أولى لكونه أشفق على المال فلا يكون استردادا ، بخلاف شرط العمل عليه ابتداء لأنه يمنع التخلية . فإن قيل : رب المال لا يصلح وكلا لأن الوكيل من يعمل في مال غيره ورب المال لا يعمل في مال غيره بل في ماله . أجيب بأن رب المال بعد التخلية صار كالأجنبي عن المال فجاز توكيله . فإن قيل : لو كان كذلك تصح المضاربة مع رب المال . أجاب بقوله (وبخلاف ما إذا دفع المال إلى رب المال مضاربة حيث لا يصح لأن المضاربة تنعقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولا مال هاهنا ، فلو جوزناه يؤدي إلى قلب الموضوع) ولقائل أن يقول : رب المال إما أن يصير بالتخلية كالأجنبي أو لا ؛ فإن كان الأول جازت المضاربة ، وإن كان الثاني لم يجز الإبضاع ، فالقياس شمول الجواز وعدمه . والجواب أنه صار كالأجنبي . قوله جازت المضاربة . قلنا : ممنوع لأن المضاربة تقتضي المال للدافع وليس بموجود ، بخلاف البضاعة فلما توكيل على ما مر وليس المال من لوازمه ، فإن الوكيل قد يجوز أن يوكل وليس المال له (وإذا لم تضح) المضاربة الثانية (بقاء عمل رب المال بأمر المضارب فلا تبطل به المضاربة الأولى) وكلام المصنف يوهم اختصاص الإبضاع ببعض المال حيث قال شيئا من مال المضاربة ، وليس كذلك فإن الدليل لم يفصل بين كونه بعضا أو كلا ، وبه صرح في الذخيرة والمبسوط ، وقيد بدفع المضاربة لأن رب المال إذا أخذ مال المضاربة من منزل المضارب بغيره أمر وباع واشترى ، فإن كان رأس المال نقدا فقد نقض المضاربة ، إذ الاستعانة من المضارب لم توجد حيث لا دفع منه فكان رب المال عاملا لنفسه ، ومن ضرورة ذلك انتقاض المضاربة ، وإن صار رأس المال عرضا لا يكون نقضا لأن النقض الصريح إذا كان رأس المال عرضا لم يعمل فيها فهذا أولى . قال (وإذا عمل المضارب في المصر الخ) فرق بين حال الحضر والسفر في وجوب النفقة في مال المضاربة بما ذكر من الاحتباس

(قوله فإن الوكيل قد يجوز أن يوكل) أقول : وكذلك يجوز المضارب أن يضارب .

فليست نفقته في المال ، وإن سافر فطعامه وشرابه وكسوته وركوبه (ومعناه شراء وكراء في المال . ووجه الفرق أن النفقة يجب بإزاء الاجتناب كنفقة القاضي ونفقة المرأة ، والمضارب في المصر ساكن بالسكنى الأصلي ، وإذا سافر صار محبوسا بالمضاربة فيستحق النفقة فيه ، وهذا بخلاف الأجير لأنه يستحق البدل لا محالة فلا يتضرر بالإنفق من ماله ، أما المضارب فليس له إلا الربح وهو في حيز التردد ، فلو أنفق من ماله يتضرر به ، وبخلاف المضاربة الفاسدة لأنه أجير ، وبخلاف البضاعة لأنه متبرع . قال (فإن بقي شيء في يده بعد ما قدم مصره رده في المضاربة) لانهاء الاستحقاق ، ولو كان خروجه دون السفر فإن كان بحيث يغدو ثم يروح فيبيت بأهله فهو بمنزلة السوق في المصر ، وإن كان بحيث لا يبيت بأهله فنفقته في مال المضاربة لأن خروجه للمضاربة والنفقة هي ما يصرف إلى الحاجة الراتبية وهو ما ذكرنا ، ومن ذلك غسل ثيابه وأجرة أجير يخدمه وعلف دابة يركبها والدهن في موضع يحتاج إليه عادة كالحجاز ، وإنما يطلق في جميع ذلك بالمعروف حتى يضمن الفضل إن جاوزه اعتبارا للمتعارف بين التجار . قال (وأما الدواء ففي ماله) في ظاهر الرواية . وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يدخل في النفقة لأنه لإصلاح بدنه ولا يتمكن من التجارة إلا به فصار كالنفقة ، وجه الظاهر أن الحاجة إلى النفقة معلومة الوقوع وإلى الدواء بعارض المرض ، ولهذا كانت نفقة المرأة على

المال تصرف في مال نفسه بغير توكيل إذا لم يصرح به فيكون مستردا للمال ولهذا لا يصلح اشتراط العمل عليه ابتداء . أقول : هذا الشرح لا يطابق المشروح ، فإن الظاهر منه أن علة فساد المضاربة عند زفر في مسئلتنا هذه كون تصرف رب المال في مال نفسه بغير توكيل بناء على عدم تصريح المضارب بالتوكيل فيفهم منه أن المضارب لو صرح بالتوكيل تصح المضاربة عنده أيضا في هذه المسئلة وليس كذلك ، والظاهر من المشروح أن علة ذلك عنده كون رب المال متصرفا في مال نفسه غير صالح لأن يكون وكيله فيه بناء على أن المرء لا يصلح وكيله لغيره فيما يعمل في ملك نفسه ، ولقد أفصح عنه صاحب الكافي حيث قال : قال زفر : تفسد المضاربة لأن رب المال متصرف في مال نفسه فلا يصلح وكيله فيه ، فإن المرء فيما يعمل في ملكه لا يصلح

في السفر دون الحضر وذلك واضح . والقياس أن لا يستوجب النفقة في مال المضاربة ولا على رب المال لأنه بمنزلة الوكيل . والمستبضع عامل لغيره بأمره ، أو بمنزلة الأجير لما شرط لنفسه من الربح ، ولا يستحق أحد هؤلاء النفقة في المال الذي يعمل به ، إلا أنا تركناه فيما إذا سافر بالمال لأجل العرف وفرقنا بينه وبين المستبضع بأنه متبرع بعمله لغيره وبين الأجير بأنه عامل له يبدل مضمون في ذمة المستأجر ، وذلك يحصل له بيقين فلا يتضرر بالإنفق من ماله ، أما المضارب فليس له إلا الربح وهو في حيز التردد قد يحصل وقد لا يحصل ، فلو أنفق من ماله يتضرر به ، وحكم المضاربة الفاسدة حكم الإجارة ، وإذا أخذ شيئا للنفقة وهو مسافر فقدم وبقي معه شيء منه رده في المضاربة لانهاء الاستحقاق كالحج عن الغير إذا فضل معه شيء من النفقة بعد الرجوع ، وجعل الحد الفاصل بين الحضر والسفر ما إذا كان بحيث يغدو ثم يروح فيبيت بأهله ، فإن كان كذلك فهو بمنزلة السوق ، وإن لم يكن فنفقته في مال المضاربة لأن خروجه إذ ذاك لها والنفقة ما تصرف إلى الحاجة الراتبية كالطعام والشراب وكسوته وركوبه شراء أو كراء كل ذلك بالمعروف . وألحق بذلك ما كان من معدات تكثر تشير المال كغسل الثياب وأجرة الحمام والحمام . والخلاق وعلف الدابة والدهن في موضع يحتاج فيه إليه كالحجاز ، فإن الشخص إذا كان طويل الشعر وسخ الثياب ماشيا في حوائجه يعد من الصعاليك ويقل معاملوه فصار ما به تكثر الرغبات في المعاملة معه من جهة

(قوله وجعل الحد الفاصل : إلى قوله : بمنزلة السوق) أقول : فيه بحث (قوله ماشيا في حوائجه) أقول : أي بنفسه .

الزوج ودواؤها في مالها . قال (وإذا ربح أخذ رب المال ما أنفق من رأس المال ، فإن باع المتاع مرابحة حسب ما أنفق على المتاع من الحملان ونحوه ولا يحتسب ما أنفق على نفسه) لأن العرف جارٍ بالحق الأول دون الثاني ، ولأن الأول يوجب زيادة في المالية بزيادة القيمة والثاني لا يوجبها . قال (فإن كان معه ألف فاشترى بها ثيابا فقصرها أو حملها بمائة من عنده . وقد قيل له اعمل برأيك فهو متطوع) لأنه استدانة على رب المال فلا ينتظمه هذا المقال على مامر (وإن صبغها أحمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه ولا يضمن) لأنه عين مال قائم به حتى إذا بيع كان له حصة الصبغ وحصة الثوب الأبيض على المضاربة بخلاف القصار والحمل لأنه ليس بعين مال قائم به ، ولهذا إذا فعله الغاصب ضاع ولا يضيع إذا صبغ المغصوب ، وإذا صار شريكا بالصبغ انتظمه قوله اعمل برأيك انتظامه الخلطة فلا يضمنه .

وكيلا لغيره فصار مستركا انتهى (قوله فإن كان معه ألف فاشترى بها ثيابا فقصرها أو حملها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برأيك فهو متطوع) قال صاحب العناية : وإنما ذكرها بعد ما مر تمهيدا لقوله وإن صبغها أحمر فهو شريك بما زاد الصبغ . أقول : هذا الكلام منه ليس بشيء ، لأنه إن أراد أن هذه المسئلة مرت بعينها وخصوصها فليس كذلك قطعا ، وإن أراد أنها مرت في ضمن الأصل المذكور فيما مر حيث اندرجت تحت النوع الثالث من ذلك الأصل فهو مسلم ، ولكن المسئلة الثانية أيضا مرت بهذا المعنى حيث اندرجت تحت النوع الثاني من ذلك الأصل فلا وجه لجعل الأولى تمهيدا للثانية مع الاشتراك في المرور بالمعنى المزبور ، بل لم تكن مسألة من مسائل ما يفعله المضارب خارجة من أحد أنواع ذلك الأصل فيلزم التكرار في كل واحدة منهما على ما زعمه . فالحق أن كل واحدة من هاتين المسئلتين مقصورة بالبيان هاهنا من حيث خصوصيتهما كسائر المسائل ، ولا ينافيه اندراجهما تحت أصل كلي مآر . كيف وتفرع الفروع على الأصول من هذا القبيل مع أنه المسلك المعتاد في عامة المواقع (قوله وإذا صار شريكا بالصبغ انتظمه قوله اعمل برأيك انتظامه الخلطة فلا يضمنه) قال في العناية : فإن قيل : المضارب لما لم يكن له ولاية الصبغ كان به مخالفا غاصبا فيجب أن يضمن كالغاصب بلا تفاوت بينهما . أجيب بأن الكلام في مضارب قيل له اعمل برأيك وذلك يتناول الخلط ، وبالصبغ اختلط ماله بمال المضارب فصار شريكا فلم يكن غاصبا فلا يضمن . وقال : وبهذا اندفع ما قيل المضارب إما أن يكون مأذونا بهذا الفعل أو غير مأذون ، فإن كان مأذونا وقع على المضاربة وإن لم يكن ضمن المضارب كالغاصب لما تبين أنه خرج عن كونه غاصبا لكنه لم يقع على المضاربة لأن فيه استدانة على المالك وليس له ولاية ذلك ككلامه . أقول : في آخر كلامه اضطراب ، لأن الظاهر من تعليل اندفاع ما قيل بقوله لما تبين أنه خرج عن

النفقة ، والدواء يدخل في ذلك في غير ظاهر الرواية لأنه لإصلاح البدن . ووجه الظاهر ما ذكره في الكتاب . قال (وإذا ربح أخذ رب المال الخ) يريد أن المضارب إذا أنفق من مال المضاربة فربح يأخذ رب المال رأس ماله كاملا فتكون النفقة مصروفة إلى الربح دون رأس المال ، فإذا استوفاه كان ما بقي بينهما على ما شرط ، فإن باع المضارب المتاع بعد ما أنفق مرابحة حسب ما أنفق على المتاع من الحملان ونحوه كأجرة السمسار والصباغ والقصار ، ولا يحسب ما أنفق على نفسه لما ذكر في الكتاب من الوجهين ، فإن كان مع المضارب ألف فاشترى بها ثيابا فقصرها أو حملها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برأيك فهو متطوع لأنه استدانة على رب المال ، وهذا المقال لا ينتظمه كما مر ، وإنما ذكرها بعد ما مر تمهيدا لقوله وإن صبغها أحمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه ، وسائر الألوان كالحمرة إلا السواد عند أبي حنيفة ، لأن الصبغ عين قائم بالثوب فكان شريكا بخلط ماله بمال المضاربة . وقوله اعمل برأيك ينتظمه ، فإذا بيع الثوب كان للمضارب حصة الصبغ يقسم ثمن الثوب مصبوغا على

(قوله وسائر الألوان كالحمرة) أقول : قوله وسائر مبتدأ وقوله كالحمرة خبره (قوله لأن الصبغ عين قائم الخ) أقول : تعليل لقوله فهو

(فصل آخر)

قال (فإن كان معه ألف بالنصف فاشترى بها بزا فباعه بألفين ثم اشترى بالألفين عبدا فلم ينقدهما حتى

كونه غاصبا أنه اختار كونه غير مأذون لأن كونه غاصبا إنما جعل فيما قبل فرعاً لكونه غير مأذون، فتعليل اندفاع ذلك بتبين أنه خرج عن كونه غاصبا يقتضي اختيار كونه غير مأذون فحينئذ لم يحتج إلى ذكر قوله لكنه لم يقع على المضاربة الخ، لأن وقوعه على المضاربة إنما جعل فيما قبل فرعاً لكونه مأذوناً، فإذا اختار كونه غير مأذون كان استدراك عدم وقوعه على المضاربة مستدركا. فإن قلت: مراده أن لفعل المضارب هاهنا وهو صبغها أخرجتهن مختلفتين أو لهما خلط مال المضاربة بمال نفسه، وثانيتهما الاستدانة على المالك، وأن المضارب مأذون بهذا الفعل وغير مأذون باعتبار تينك الجهتين المختلفتين كما ذكره صاحب النهاية وفصله بما لا مزيد عليه. قلت: مع عدم مساعدة آخر كلام هذا الشارح ولا أوله الذي أشار إليه بقوله وبهذا اندفع لذلك التوجيه الذي ذكره صاحب النهاية وفصله ليس ذلك بتمام في نفسه، إذ لا يرى وجه يقتضي أن يكون لفعل المضارب هذا جهة الاستدانة على المالك، على أن الجهتين المذكورتين متضادتان لا يمكن اجتماعهما في فعل واحد حتى يصير المضارب باعتبارهما مأذوناً في فعله هذا أو غير مأذون. ثم أقول: الصواب عندي في دفع ما قيل المضارب إما أن يكون بهذا الفعل مأذوناً أو غير مأذون الخ أن تختار كونه مأذوناً به بقوله اعمل برأيك ويمنع وقوعه على المضاربة حينئذ، إذ الإذن المذكور ليس بمقتصر على أن يتصرف المضارب في مال المضاربة وحده، بل يعم التصرف في مال المضاربة منفرداً أو منضمماً إلى غيره مما له جهة في التثمين كخلط مال المضاربة بماله أو بمال غيره على ما تقرر في بيان النوع الثاني من الأصل المار ذكره، وقد أشار إليه المصنف هاهنا بقوله وإذا صار شريكاً بالصبيغ انتظمه قوله اعمل برأيك انتظامه الخلطة فلا يضمه تدبر.

(فصل آخر)

قيمه مصبوغاً وغير مصبوغاً فما بينهما حصة الصبيغ إن باعه مساومة، وإن باعه مرابحة قسم الثمن هذا على الثمن الذي اشترى المضارب الثوب به، وعلى قيمة الصبيغ فما بينهما حصة الصبيغ والباقي على المضاربة، بخلاف القصار بفتح القاف والحمل فإنه ليس بعين مال قائم بالثوب ولم يزد به شيء، ولهذا إذا فعله الغاصب فازداد القيمة بضعاً فباعه وكان للمالك أن يأخذ ثوبه مجانياً، وإذا صبغ المغصوب لم يضع بل يتخير رب الثوب بين أن يعطى ما زاد الصبيغ فيه يوم الخصومة لا يوم الاتصال بثوبه وبين أن يضمه جميع قيمة الثوب أبيض يوم صبغه وترك الثوب عليه، وإذا كان الغاصب كذلك فالمضارب لا يكون أقل حالاً منه. فإن قيل: المضارب لما لم يكن له ولاية الصبيغ كان به مخالفاً غاصباً فيجب أن يضم كالمغاصب بلا تفاوت بينهما. أجيب بأن الكلام في مضارب قيل له اعمل برأيك وذلك يتناول الخلط وبالصبغ اختلط ماله بمال المضارب فصار شريكاً فلم يكن غاصباً فلا يضم، وبهذا اندفع ما قيل المضارب إما أن يكون مأذوناً بهذا الفعل أو غير مأذون فإن كان مأذوناً وقع على المضاربة، وإن لم يكن ضمن المضارب كالمغاصب لما تبين أنه خرج عن كونه غاصباً لكنه لم يقع على المضاربة لأن فيه استدانة على المالك وليس له ولاية ذلك.

(فصل آخر)

هذه مسائل متفرقة تتعلق بمسائل المضاربة فذكرها في فصل على حدة. قال (فإن كان معه ألف) ما ذكره المصنف واضح،

شريك الخ (قوله لما تبين أنه خرج عن كونه غاصباً) أقول: هذا ناظر إلى قوله وبهذا اندفع ما قيل المضارب الخ.

(فصل آخر)

ضاماً يغرم رب المال ألفاً وخمسمائة والمضارب خمسمائة ويكون ربع العبد للمضارب وثلاثة أرباعه على المضاربة) قال : هذا الذى ذكره حاصل الجواب ، لأن الثمن كله على المضارب إذ هو العاقد ، إلا أن له حق الرجوع على رب المال بألف وخمسمائة على مانين فيكون عليه فى الأخرى . ووجهه أنه لما نض المال ظهر الربح وله منه وهو خمسمائة ، فإذا اشترى بالألفين عبدا صار مشترى ربعه لنفسه وثلاثة أرباعه للمضاربة على حسب انقسام الألفين ، وإذا ضاعت الألفان وجب عليه الثمن لما بيناه ، وله الرجوع بثلاثة أرباع الثمن على رب المال لأنه وكيل من جهته فيه ويخرج نصيب المضارب وهو الربع من المضاربة لأنه مضمون عليه ومال المضاربة أمانة وبينهما منافات ويبقى ثلاثة أرباع العبد على المضاربة لأنه ليس فيه ما ينافى المضاربة (ويكون رأس المال ألفين وخمسمائة) لأنه دفع مرة ألفاً ومرة ألفاً وخمسمائة (ولا يبيعه مراححة إلا على ألفين) لأنه اشتراه بألفين ، ويظهر ذلك فيما إذا بيع العبد بأربعة آلاف فحصة المضاربة ثلاثة آلاف يرفع رأس المال ويبقى خمسمائة ربح بينهما . قال (وإن كان معه ألف فاشترى رب المال عبداً بخمسمائة وباعه إياه بألف فإنه يبيعه مراححة على خمسمائة) لأن هذا البيع مقضى بجوازه لتغاير المقاصد دفعا للحاجة وإن كان بيع ماله بماكه إلا أن فيه شبهة العدم ، ومبنى المراححة على الأمانة والاحتراز عن شبهة الخيانة فاعتبر أقل الثمين ، ولو اشترى المضارب عبداً بألف وباعه من رب المال بألف ومائتين باعه مراححة بألف ومائة لأنه اعتبر عدما فى حق نصف الربح وهو نصيب رب المال وقد مر فى البيوع . قال (فإن كان معه ألف بالنصف فاشترى بها عبداً قيمته ألفان فقتل العبد رجلاً خطأ فثلاثة أرباع الفداء على رب المال وربعه على المضارب) لأن الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدر الملك وقد كان الملك بينهما أرباعاً ، لأنه لما صار المال عينا لما كانت مسائل هذا الفصل متفرقة ذكرها فى فصل على حدة ، ولما لم تكن من نفس مسائل المضاربة التى لا بد منها

ومبناه على أصل وهو على أن ضمان رب المال للبائع بسبب هلاك مال المضاربة غير مانع لها ، فالمضمون على المضاربة والربح بينهما على ما شرط ، وضمان المضارب للبائع بسبب هلاكه مانع عنها . وتحقيقه ما ذكره فخر الإسلام رحمه الله فى رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى بها براً فهو مضاربة ، فإذا باعه بألفين . ظهرت حصة المضارب وهى خمسمائة ، فإذا اشترى جارية بألفين وقع ربعها للمضارب لأن ربع الثمن له وثلاثة أرباعها لرب المال فإذا هلك الثمن صار غرم الربح على المضارب وهو خمسمائة والباقي على رب المال ، وإذا غرم المضارب ربع الثمن ملك ربع الجارية لا محالة ، وإذا ملك ربعها تخرج ذلك من المضاربة لأن مبنى المضاربة على أن المضارب أمين فيكون الضمان منافياً لها ، ولو أبقينا نصيبه على المضاربة لأبطلنا ما غرم لأنه لا يصلح أن يجعل ذلك رأس المال فيصير مضارباً لنفسه وهو لا يصلح . ثم لو باع الجارية بأربعة آلاف صار ربع الثمن للمضارب خاصة وذلك ألف وبقيت ثلاثة آلاف فذلك على المضاربة ، لأن ضمان رب المال يلائم المضاربة ولا يضيع ما يضمن بل يلحق برأس المال ، وإذا كان كذلك كان رأس المال فى ذلك ألفين وخمسمائة والخمسمائة ربح بينهما نصفين (قوله وإن كان معه ألف) معناه واضح ، وقوله (لتغاير المقاصد) لأن مقصود رب المال وضوله إلى الألف مع بقاء العقد ، ومقصود المضارب الاستفادة اليد على العبد . وقوله (إلا أن فيه شبهة العدم) أى عدم الجواز ، لأنه لم يزل به عن ملك رب المال عبد كان فى ملكه ولم يستفد به ألفاً لم يكن فى ملكه والشبهة ملحقة بالحقيقة فى المراححة فاعتبر أقل الثمين وهو خمسمائة كسبوته من كل وجه والأكثر ثابت من وجه دون وجه بالنظر إلى أن بيع ماله بماله (قوله فإن كان معه ألف بالنصف فاشترى بها عبداً قيمته ألفان فقتل العبد رجلاً خطأ) كان الدفع والفداء إليهما ، فإن دفعاه بطلت المضاربة لهلاك مال المضاربة ، وإن فدياه (فثلاثة أرباع الفداء على رب المال وربعه على المضارب) لأن الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدره وكان الملك بينهما أرباعاً ، لأن رأس المال لما صار عينا

(قوله وضوله إلى الألف مع بقاء العقد) أقول : أى عقد المضاربة .

واحدا ظهر الربح وهو ألف بينهما وألف لرب المال برأس ماله لأن قيمته ألفان . وإذا فديا خرج العبد عن المضاربة ، أما نصيب المضارب فلما بيناه ، وأما نصيب رب المال فللقضاء القاضي بانقسام الفداء عليهما لما أنه يتضمن قسمة العبد بينهما والمضاربة تنتهى بالقسمة ، بخلاف ما تقدم لأن جميع الثمن فيه على المضارب وإن كان له حق الرجوع فلا حاجة إلى القسمة ، ولأن العبد كالزائل عن ملكهما بالجناية ودفع الفداء كابتداء الشراء فيكون العبد بينهما أرباعا لأعلى المضاربة يخدم المضارب يوما ورب المال ثلاثة أيام ، بخلاف ما تقدم . قال (فإن كان معه ألف فاشترى بها عبدا فلم يتقدها حتى هلكت يدفع رب المال ذلك الثمن ورأس المال جميع ما يدفع إليه رب المال) لأن المال أمانة في يده ولا يصير مستوفيا ، والاستيفاء إنما يكون بقبض مضمون وحكم الأمانة يتأفقه فيرجع مرة بعد أخرى ، بخلاف الوكيل إذا كان الثمن مدفوعا إليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء حيث لا يرجع إلا مرة لأنه لا يمكن جعله مستوفيا ، لأن الوكالة تجامع الضمان كالغاصب إذا توكل ببيع المغصوب ،

للمضاربة آخر ذكرها (قوله بخلاف الوكيل إذا كان الثمن مدفوعا إليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء حيث لا يرجع إلا مرة لأنه يمكن جعله مستوفيا ، لأن الوكالة تجامع الضمان كالغاصب إذا توكل ببيع المغصوب) يعني أن الغاصب إذا توكل ببيع المغصوب

واحدا ظهر الربح وهو ألف بينهما) ولهذا عتق الربح إن كان العبد قريبه (وألف هو رأس المال) وقيد العين بالوحدة احترازا عما إذا كان عينين فإنه لا يظهر الربح لعدم الأولوية كما تقدم (فإذا فدياه خرج العبد عن المضاربة ، أما نصيب المضارب فلما بيناه) أنه صار مضمونا عليه فلا يكون أمانة ومال المضاربة أمانة (وأما نصيب رب المال فللقضاء القاضي بانقسام الفداء عليهما فإنه يتضمن انقسام العبد بينهما) لاستخلاص كل منهما بالفداء ما يخصه (والمضاربة تنتهى بالقسمة بخلاف ما تقدم) يعني به ما إذا ضاع الألفان في المسئلة المتقدمة حيث لا تنتهى المضاربة هناك (لأن جميع الثمن فيه على المضارب) لكونه العاقد ، والدفع والفداء ليس بالعقد حتى يكون عليه . وقوله (ولأن العبد كالزائل) لأنه استحق بالجناية والمستحق بها بمنزلة المالك والمضاربة تنتهى بالمهلك (فدفع الفداء كابتداء الشراء فيكون العبد بينهما أرباعا خارجا عن المضاربة يخدم المضارب يوما ورب المال ثلاثة أيام بخلاف ما تقدم) يريد به ما تقدم في المسئلة المتقدمة ، وهى ما إذا ضاع الألفان فإن العبد فيها على المضاربة (فإن كان معه ألف فاشترى بها عبدا وهلك قبل النقد إلى البائع رجع المضارب على رب المال بذلك الثمن ويكون رأس المال جميع ما يدفعه لأن المال في يده أمانة) وقد هلك وقديت عليه الثمن ديناهو عامل لرب المال فيستوجب عليه مثل ما وجب عليه من الدين (و) بالقبض ثانيا (لا يصير) المضارب (مستوفيا لأن الاستيفاء إنما يكون بقبض مضمون) وقبض المضارب ليس بمضمون بل هو أمانة وبينهما منافاة فلا يجتمعان ، وإذا لم يكن مستوفيا كان له أن يرجع على رب المال مرة بعد أخرى إلى أن يسقط عنه العهد بوصول الثمن إلى البائع (بخلاف الوكيل إذا كان الثمن مدفوعا إليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء) فإنه لا يرجع إلا مرة واحدة (لأنه يمكن أن يجعل مستوفيا لأن الوكالة تجامع الضمان كالغاصب إذا وكله المغصوب منه ببيع المغصوب) فإنه يصير وكيل ولا يبرأ عن الضمان بمجرد الوكالة ، حتى لو هلك المغصوب وجب الضمان ولم يعتبر أمينا فيه ، وفيه نظر لأن الضمان هناك باعتبار نسب هو تعدد قد تقدم على قبض الأمانة فيجوز أن يعتبر جميعا ، وليس فيما نحن فيه سبب سوى القبض بطريق الوكالة ولا نسلم صلاحته لإثبات حكيم متنافيين ، ولو غصب ألفا فضارب المغصوب منه الغاصب وجعل رأس المال المغصوب كان كصورة الوكالة وليس في الرواية ما ينفيه ، وعلى تقدير ثبوتها يحتاج إلى فرق دفعا للتحكم ، ولأن المطلوب كونه مستوفيا والدليل إمكان ذلك والإمكان لا يستلزم الوقوع . ويمكن أن يجاب عنه بأن مقصود المصنف دفع استحالة اجتماعهما ، وأما كونه مستوفيا فثبت بدفع الضرر عن الموكل ، فإنه لو لم يجعل مستوفيا لبطل حق الموكل إذا رجع عليه بألف أخرى أصلا ، فأما ما هنا فنحن رب

(قوله فإنه لو لم يجعل مستوفيا لبطل حق الموكل) أقول : يعنى حقه في الألف المدفوع .

ثم في الوكالة في هذه الصورة يرجع مرة ، وفيما إذا اشترى ثم دفع الموكل إليه المال فهلك لا يرجع لأنه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فجعل مستوفيا بالقبض بعده ، أما المدفوع إليه قبل الشراء أمانة في يده وهو قائم على الأمانة بعده فلم يصير مستوفيا ، فإذا هلك رجع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء على مامر .

يصير وكيل ولا يبرأ عن الضمان بمجرد الوكالة ، حتى لو هلك المصوب وجب عليه الضمان ولم يعتبر أمينا . قال صاحب العناية بعد هذا البيان : وفيه نظر ، لأن الضمان هناك باعتبار سبب هو تعدد قد تقدم على قبض الأمانة فيجوز أن يعتبرها جميعا ، وليس فيما نحن فيه سبب سوى القبض بطريق الوكالة ، ولا نسلم صلاحيته لإثبات حكيم متنافيين . ثم قال : ويمكن أن يجاب عنه بأن مقصود المصنف دفع استحالة اجتماعهما ، وأما كونه مستوفيا فثابت بدفع الضرر عن الموكل ، فإنه لو لم يجعل مستوفيا لبطل حق الموكل إذا رجع عليه بألف أخرى أصلا ، فأما هاهنا فحق رب المال لا يضيع لأنه يلحق برأس المال ويستوفيه من الربح ، ونحمله على الاستيفاء بضر المضارب فاخترنا أهون الأمرين ، بخلاف الوكيل لأنه بمنزلة البائع فضرره بهلاك الثمن لا يوجب الرجوع على المشتري انتهى . أقول : في الجواب نظر . أما أولا فلأن قول المصنف لأنه أمكن جعله مستوفيا لأن الوكالة تجمع الضمان ، كالغاصب إذا توكل ببيع المصوب صريح في إثبات إمكان جعله مستوفيا بمجامعة الوكالة الضمان في صورة توكل الغاصب ببيع المصوب ، فكيف يمكن أن يقال : مقصوده مجرد دفع استحالة اجتماعهما . ولئن سلم ذلك فلا يندفع به النظر المذكور لأن حاصله أن السبب في صورة توكل الغاصب ببيع المصوب متعدد وفيما نحن فيه واحد فلا يلزم من إمكان اجتماعهما هناك إمكان اجتماعهما هاهنا . وأما ثانيا فلأن قوله وأما كونه مستوفيا فثابت بدفع الضرر عن الموكل ليس بتمام ، لأن الضرر اللازم للموكل على تقدير أن يرجع عليه الوكيل بألف أخرى إنما هو الضرر الضروري الغير الناشئ من صنع الوكيل إذ الكلام فيما إذا هلك الثمن المدفوع إلى الوكيل من غير تعدد منه ولا محذور شرعا في مثل هذا الضرر حتى يجعل الموكل مستوفيا لأجل دفع ذلك عنه فيجب عليه الضمان مع كون يده يد أمانة ، ألا ترى أن الوديعة إذا هلك في يد المودع من غير تعدد منه يلزم المودع مثل هذا الضرر مع أنه لا يجب على المودع الضمان لدفع ذلك عن المودع بلا ريب . وأما ثالثا فلأن قوله وأما هاهنا فحق رب المال لا يضيع إلى قوله فاخترنا أهون الأمرين غير متمشٍ فيما إذا هلك الألف والعبد معا ، إذ لا يبقى حينئذ شيء من رأس المال حتى يلحق الهالك منه فيستوفيه رب المال من الربح ، والظاهر أن جواب المسئلة وهو دفع رب المال الثمن الهالك ورجوع المضارب عليه مرة بعد أخرى جار في هذه الصورة أيضا بناء على الدليل المذكور في الكتاب . قال في النهاية ومعراج الدراية : ذكر الإمام المحبوبي ثلاثة أوجه في الفرق بين المضارب والوكيل : أحدها ما ذكر في الكتاب . والثاني أنا لو لم نحمل ما قبضه الوكيل على الاستيفاء لأبطلنا حق الموكل أصلا لأنه إذا رجع عليه بألف أخرى ضاع ذلك أصلا ، فأما هاهنا فحق رب المال لا يضيع إذا حملنا على الأمانة لأنه يلحق برأس المال ويستوفيه من الربح ولو حمل على الاستيفاء يلحق المضارب ضرر فوجب اختيار أهون الأمرين . والثالث أن الوكيل لما اشترى فقد انعزل عن الوكالة فلا يرجع على الموكل بعده ، فأما المضارب فلا ينعزل بالشراء ويتصرف في كل مرة لرب المال فيرجع عليه في كل مرة انتهى . أقول : في كل واحد من تلك الأوجه الثلاثة نظر . أما في الأول فلما عرفته آتفا : وأما في الثاني والثالث فلأن كل واحد منهما يقتضي أن لا يرجع

المال لا يضيع لأنه يلحق برأس المال ويستوفيه من الربح ، وحمله على الاستيفاء بضر المضارب فاخترنا أهون الأمرين ، بخلاف الوكيل لأنه بمنزلة البائع فضرره بهلاك الثمن لا يوجب الرجوع على المشتري . وقوله ولو غصب ألفا الخ لم تثبت فيه رواية نحوج إلى الفرق بينهما . وقوله (ثم في الوكالة) للفرق بين ما إذا دفع المال ثم اشترى الوكيل : وبين ما إذا اشترى ثم دفع فإنه يرجع في الأول ويصير به مستوفيا ، وفي الثاني لا يرجع أصلا وكلامه فيه واضح ، والله أعلم .

(قوله بخلاف الوكيل لأنه بمنزلة البائع) أقول : حيث يجري بينهما مبادلة حكية كما تقدم .

(فصل في الاختلاف)

قال (وإن كان مع المضارب ألفان فقال دفعت إلى ألفا وربحت ألفا وقال رب المال لأبل دفعت إليك ألفين فالقول قول المضارب) وكان أبو حنيفة يقول أولا القول قول رب المال وهو قول زفر ، لأن المضارب يدعى عليه الشركة في الربح وهو ينكر والقول قول المنكر ، ثم رجع إلى ما ذكر في الكتاب لأن الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض وفي مثله القول قول القابض ضمينا كان أو أمينا لأنه أعرف بمقدار المقبوض ، ولو اختلفا مع ذلك في مقدار الربح فالقول فيه لرب المال لأن الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته ، وأيهما أقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت لأن البيئات للإثبات (ومن كان معه ألف دهم فقال هي مضاربة لفلان بالنصف وقد ربح ألفا وقال فلان هي بضاعة فالقول قول رب المال) لأن المضارب يدعى عليه تقويم عمله أو شرطا من جهته أو يدعى الشركة وهو ينكر ، ولو قال المضارب أقرضتني وقال رب المال هو بضاعة أو ودیعة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب ،

الوكيل على الموكل في مرة أولى أيضا إذا كان الثمن مدفوعا إليه قبل الشراء مع أنهم صرحوا برجوعه عليه في المرة الأولى في تلك الصورة . أما اقتضاء الثاني ذلك فلأن إبطال حق الموكل يتحقق بالرجوع في المرة الأولى أيضا لعل مذكرة . وأما اقتضاء الثالث إياه فلأن انزال الوكيل عن الوكالة لما تحقق بالاشتراء كان الرجوع بالهلاك بعد الاشتراء رجوعا بما حدث بعد زوال الأمانة بالانزال ولو كان في مرة أولى . وأيضا يرد على الوجه الثاني ما أوردناه ثانيا وثالثا على جواب صاحب العناية عن نظره تأمل تقف . ثم أقول : الحق عندى في الفرق بين المضارب والوكيل في مسئلتنا هذه أن يقال : قبض الوكيل بعد الشراء استيفاء لأنه وجب له على الموكل مثل ما وجب عليه للبائع فإنه بمنزلة البائع من الموكل حيث انعقد بينهما مبادلة حكيم كما مر في كتاب الوكالة ، فإذا قبض الثمن بعد الشراء صار مستوفيا له فصار مضمونا عليه ، فإذا هلك بعد لم يكن له أن يرجع به على الموكل ولهذا لم يرجع عليه أصلا فيما إذا اشترى ثم دفع الموكل إليه الثمن فهلك ولم يرجع عليه إلا مرة فيما إذا كان الثمن مدفوعا إليه قبل الشراء أمانة في يده وهلك بعد الشراء ، وقد أشار إليه المصنف بقوله لأنه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فجعل مستوفيا بالقبض بعده ، أما المدفوع إليه قبل الشراء أمانة في يده وهو قائم على الأمانة بعده فلم يصير مستوفيا ، فإذا هلك رجع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء على ما مر فتأمل :

(فصل في الاختلاف)

أى في الاختلاف بين رب المال والمضارب

أختر هذا الفصل لأن الاختلاف في الرتبة بعد الاتفاق لأنه الأصل بين المسلمين (قوله ولو قال المضارب أقرضتني وقال رب المال هو بضاعة أو ودیعة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب) قال صاحب العناية : وسماه مضاربا وإن اتفقا على عدمه لاحتمال أن يكون مضاربا في الأول ثم أقرضه اهـ . وقد سبقه إلى هذا التوجيه تاج الشريعة ، أقول : تسمية أحد المتخالفين مضاربا عند تحقق اتفاقهما على خلافه بمجرد احتمال أن يكون مضاربا في الأول مما لا يقبله فطرة سليمة جدا ،

(فصل في الاختلاف)

أختر هذا الفصل عما قبله لأنه في الاختلاف وهو في الرتبة بعد الاتفاق لأنه الأصل بين المسلمين . قال (وإن كان مع المضارب ألفان الخ) اختلاف رب المال والمضارب إذا كان في مقدار رأس المال مثل أن يقول المضارب ومعه ألفان دفعت إلى ألفا وربحت ألفا وقال رب المال لأبل دفعت إليك ألفين فالقول للمضارب ، وكان أبو حنيفة يقول أولا القول قول رب المال ،

لأن المضارب يدعى عليه التملك وهو ينكر . ولو ادعى رب المال المضاربة في نوع وقال الآخر ما سميت لي تجارة بعينها فالقول للمضارب لأن الأصل فيه العموم والإطلاق ، والتخصيص بعارض الشرط ، بخلاف الوكالة لأن الأصل فيه الخصوص . ولو ادعى كل واحد منهما نوعا فالقول لرب المال لأنهما اتفقا على التخصيص ، والإذن

والأقرب عندي أنه ساء مضاربا للمشكلة بما ذكر في أخوات هذه المسئلة على طريقة قوله تعالى - تعلم ما في نفسي ولا أعلم ما في نفسك - وقول الشاعر :

قالوا اقترح شيئا نجد لك طبعه قلت اطبخوا لي جبة وقميصا

(قوله لأن المضارب يدعى عليه التملك) حمل صاحب النهاية التملك في قول المصنف يدعى عليه التملك على تملك الربح حيث قال : هذا أي تملك الربح ، وسلك صاحب العناية أيضا هذا المسلك حيث قال : لأنه يدعى عليه تملك الربح . أقول : الظاهر أن مراد المصنف بالتملك هاهنا تملك أصل المال ، لأن دعوى الاستقراض دعوى تملك أصل المال وأما تملك الربح فأمربتابع لملك أصل المال في هذه الدعوى ، فحمل التملك هاهنا على تملك الربح لا يخلو عن قبح . أما أولا فلما أشرنا إليه من أن الأصل في دعوى الاستقراض دعوى تملك أصل المال وتملك الربح من فروع ذلك ، وحمل التملك في الدليل على تملك الربح يوهم خلاف الأصل . وأما ثانيا فلأن دعوى تملك الربح قد تنفك عن دعوى تملك أصل المال كما إذا ادعى المضاربة ، فإن المدعى هناك استحقاق الربح دون استحقاق أصل المال فادعاء مجرد تملك الربح لا يدل على تمام المدعى فيما نحن فيه ، على أن الشائع في الاستعمال عندهم استحقاق الربح دون تملك الربح . وأما تملك الربح كما ذكره صاحب العناية في نفس صحته أيضا إشكال يظهر ذلك

وهو قول زفر لأن المضارب يدعى الشركة وهو ينكر والقول قول المنكر ، ثم رجع وقال القول للمضارب ، لأن الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض والقول في ذلك قول القابض ضميना كان كالمودع لكونه أعرف بمقدار المقبوض ، وإذا كان في مقدار الربح مع ذلك : أي مع الاختلاف في رأس المال مثل أن يقول رب المال رأس المال ألفان والمشروط ثلث الربح وقال المضارب رأس المال ألف والمشروط نصفه فالقول فيه : أي في الربح لرب المال : يعني وفي رأس المال للمضارب كما كان ، أما في رأس المال فلما مر من الدليل ، وأما في الربح فلأن الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته ، ولو أنكر أصل الشرط بأن قال كان المال بيده بضاعة كان القول له ، فكذا إذا أنكر الزيادة ، وأيهما أقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت بينة رب المال على ما ادعى من الفضل في رأس المال وبينة المضارب على ما ادعى من الفضل في الربح لأن البينات للإثبات ، وإذا كان في صفة رأس المال كما إذا قال من معه ألف درهم هي مضاربة لفلان بالنصف وقد رجحت ألفا وقال فلان هي بضاعة فالقول لرب المال ، لأن المضارب يدعى عليه تقويم عمله بمقابلة الربح وشرطا من جهته بمقدار من الربح أو الشركة فيه وهو ينكر . ولو قال المضارب أقرضتني وقال رب المال هي بضاعة أو ودعة فالقول لرب المال والبينة للمضارب لأنه يدعى عليه تملك الربح وهو ينكر وساء مضاربا وإن اتفقا على عدمه لاحتمال أن يكون مضاربا في الأول ثم أقرضه ، ولو أقام البينة فالبينة للمضارب لأنها تثبت التملك ، ولو ادعى رب المال القرض والمضارب المضاربة فالقول للمضارب لاتفاقهما على الأخذ بالإذن ، ورب المال يدعى على المضارب الضمان وهو ينكر والبينة لرب المال وإن أقامها لأنها تثبت الضمان ، وإذا كان في العموم والخصوص ، فإن كان قبل التصرف فالقول لرب المال ، أما إذا أنكر الخصوص فظاهر لأن العموم هو الأصل كما يذكر ، وكذا إذا أنكر العموم لأنه يجعل إنكاره ذلك نهيما له عن العموم . وله أن ينتهي عنه قبل التصرف إذا ثبت منه العموم نصا فهنا أولى ، وإن كان بعده ورب المال يدعى العموم فالقول قوله قياسا واستحسانا ، وإن كان المضارب يدعيه فالقول قوله مع يمينه استحسانا لأن الأصل فيها العموم والتخصيص بالشرط بدليل أنه لو قال خذ هذا المال مضاربة بالنصف صح وملك به جميع التجارات ، فلو لم يكن مقتضى العقد العموم لم يصح العقد إلا بالتخصيص على ما يوجب التخصيص كالوكالة ، وإذا كان كذلك كان مدعى العموم منسكبا بالأصل فكان القول له . ولو ادعى كل واحد

يستفاد من جهته ، والبيئة بينة المضارب لحاجته إلى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر إلى البينة . ولو وقتت البيئتان وقتا فصاحب الوقت الأخير أولى لأن آخر الشرطين ينقض الأول .

كله بالتأمل الصادق وتنبع قواعد الفقه وأقوال الأئمة (قوله والبيئة بينة المضارب لحاجته إلى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر إلى البينة) قال صاحب النهاية : ورب المال أيضا محتاج إلى إثبات ما ادعاه ليصل حقه إليه ، بل بيئة رب المال أقوى بالقبول لإثباتها أمرا عارضا وهو الضمان ، وشرعية البيئات لإثبات الأمر العارض غير الظاهر كما في بيئة الخارج مع بيئة ذى اليد . فكان هذا مما يتأمل في صحته وإن كانت رواية الإيضاح تساعد أيضا كلامه . وقال صاحب العناية : قال المصنف : لحاجته إلى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر إلى البينة . واعترض عليه بأن البيئة للإثبات لا للنفي ، وبأن الآخر يدعى الضمان فكيف لا يحتاج إلى البينة . وأجيب بأن إقامة البيئة على صحة تصرفه ويلزمها نفي الضمان . فأقام المصنف اللازم مقام الملزوم كناية ، وبأن ما يدعيه من المخالفة وهو سبب الضمان ثابت بإقرار الآخر فلا يحتاج إلى بيئة إلى هنا كلامه . أقول : جوابه عن ثانی وجهی الاعتراض ليس بسديد . لأن الثابت بإقرار الآخر إنما هو النوع الذي يدعيه الآخر لا مخالفته لإذن رب المال فإنه يدعى الموافقة له ، وسبب الضمان إنما هو المخالفة فلا يتم التقريب . والصواب في الجواب عنه أن يقال : عدم احتياج رب المال إلى البينة في مسئلتنا هذه لا لأنه ليس بمدع شينا ، بل لأن القول قوله لكون الإذن مستفادا من جهته كما تقرر فيما مر آنفا . فكان ما يدعيه ثابتا بقوله فلم يحتج إلى البينة ، ولهذا النكتة قال المصنف : وعدم حاجة الآخر إلى البينة ولم يقل وعدم قبول بيئة الآخر ، وبهذا الجواب يظهر اندفاع ما توهمه صاحب النهاية في استشكل ما ذكره المصنف هاهنا فتدبر (قوله ولو وقتت البيئتان وقتا فصاحب الوقت الأخير أولى) أقول : لقائل أن يقول : هذا مناقض لما ذكره آنفا من أن البيئة بينة المضارب لجواز أن يكون صاحب الوقت الأخير رب المال . ويمكن التطبيق بأن يحمل ما ذكره أولا على عدم التوقيت . قال صاحب العناية بعد أن ذكر قول المصنف : ولو وقتت البيئتان الخ وإن لم توقتا أو وقتتا على السواء أو وقتت إحداهما دون الأخرى فالبيئة لرب المال . أقول : يرد عليه أن هذا يناقض ما ذكره المصنف من أن البيئة بينة المضارب ، إذ لا يمكن أن يحمل هذا على التوقيت وذلك على عدم التوقيت كما ترى . ولقد أحسن صاحب النهاية في أسلوب التحرير هاهنا حيث لم يزد على قول المصنف ولو وقتت البيئتان الخ شيئا من المسائل التي زادها عليه صاحب العناية بل تعرض لشرحه وتمثيله فقط ، ولكن قال بعد ما استشكل قول المصنف فيما قبل والبيئة بينة المضارب الخ ، وأما صاحب الذخيرة رحمه الله وشكر مساعيه جعل حكم بيني المضارب ورب المال في دعوى الخصوص والعموم وفي دعواهما الخصوص واحدا ، وذكر ما في الذخيرة مفصلا مندرجا فيه المسائل التي ذكرها صاحب العناية عقيب قول المصنف ولو وقتت البيئتان الخ فكان ذكر تلك المسائل في تحرير صاحب النهاية منسوبا إلى صاحب الذخيرة فلا يضره منافاة ذلك لما ذكره المصنف لاعترافه بأن ما ذكره المصنف هاهنا مطابق لرواية الإيضاح دون رواية الذخيرة .

منهما نوعا فالقول لرب المال لاتفاقهما على التخصيص والإذن مستفاد من جهته والبيئة بينة المضارب . قال المصنف (لحاجته إلى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر إلى البينة) واعترض عليه بأن البيئة للإثبات لا للنفي ، وبأن الآخر يدعى الضمان فكيف لا يحتاج إلى البينة . وأجيب بأن إقامة البيئة على صحة تصرفه ويلزمها نفي الضمان فأقام المصنف اللازم مقام الملزوم كناية ، وبأن ما يدعيه من المخالفة وهو سبب الضمان ثابت بإقرار الآخر ولا يحتاج إلى بيئة (ولو وقتت البيئتان وقتا فصاحب الوقت الأخير أولى لأن آخر الشرطين ينقض الأول) وإن لم توقتا أو وقتتا على السواء أو وقتت إحداهما دون الأخرى فالبيئة لرب المال لأنه تعدر القضاء بهما معا للاستحالة وعلى التعاقب لعدم الشهادة على ذلك ، وإذا تعدر القضاء بهما تعمل بيئة رب المال لأنها تثبت ما ليس بثابت ، والله أعلم .

(كتاب الودیعة)

(كتاب الودیعة)

وجه مناسبة هذا الكتاب بما تقدم قدم في أول كتاب الإقرار ، ثم ذكر بعده العارية والهبة والإجارة للتناسب بالترقي من الأدنى إلى الأعلى ، لأن الودیعة أمانة بلا تملك شيء ، وفي العارية تملك المنفعة بلا عوض ، وفي الهبة تملك العين بلا عوض وفي الإجارة تملك المنفعة بعوض وهي عقد لازم ، واللازم أقوى وأعلى مما ليس بلازم فكان في الكل الترقى من الأدنى إلى الأعلى ، كذا في الشروح . ثم محاسن الودیعة ظاهرة إذ فيه إعانة عباد الله تعالى في الحفظ ووفاء الأمانة وهو من أشرف الخصال عقلا وشرعا . قال عليه الصلاة والسلام « الأمانة تجر الغنى ، والخيانة تجر الفقر » وفي المثل : الأمانة أقامت المملوك مقام المملوك ، والخيانة أقامت المملوك مقام المملوك . ثم إن الودیعة لغة فعيلة بمعنى مفعولة مشتقة من الودع وهو الترك . عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لينتهين أقوام عن ودعهم الجمعات » أي عن تركهم إياها . قال : شمر : زعمت النحوية أن العرب أماتوا مصدر يدع ، والنبي صلى الله عليه وسلم أفصح العرب ، وقد رويت عنه هذه الكلمة ، وسميت الودیعة بها لأنها شيء يترك عند الأمين ، كذا في المغرب وبعض الشروح . قال صاحب العناية : وتفسيرها لغة الترك ، وسميت الودیعة بها لأنها تترك بيد أمين انتهى . أقول : فيه سماجة ظاهرة ، إذ ليست الودیعة في اللغة بمعنى الترك ، وإنما الذي بمعنى الترك هو الودع فلا يصح قوله ، وتفسيرها لغة الترك إلا بتأويل بعيد لا يساعده لفظه ، وهو أن يراد بذلك أنها مشتقة من الودع الذي هو الترك . وقال جماعة من الشراح : الودیعة في الشريعة عبارة عن التسليط على حفظ المال . أقول : الظاهر أن الودیعة في الشريعة أيضا هي المال المودع الذي يترك عند الأمين لا نفس التسليط على حفظ المال ، وأن التسليط على حفظ المال هو الإيداع ، وعن هذا قال صاحب الكافي والكفاية : الإيداع لغة تسليط الغير على حفظ أي شيء كان مالا أو غير مال . يقال

(كتاب الودیعة)

وجه مناسبة هذا الكتاب بما تقدم قدم في أول الإقرار ، ثم ذكر بعده العارية والهبة والإجارة للتناسب بالترقي من الأدنى إلى الأعلى لأن الودیعة أمانة لا تملك شيء . وفي العارية تملك المنفعة بلا عوض ، وفي الهبة تملك العين بلا عوض ، وفي الإجارة تملك المنفعة بعوض ، وهي أعلى من الهبة لأنه عقد لازم واللازم أقوى وأعلى مما ليس بلازم . ومن محاسنها اشتغالها على بذل منافع بدنه وماله في إعانة عباد الله تعالى واستيعابه الأجر والثناء على ذلك . وسببها تعلق البقاء المقدور بتعاطيها من حيث التعاضد وقد مر مرارا . ومشروعيتها بقوله تعالى - إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها - بإطلاقه . وتفسيرها لغة الترك ، وسميت الودیعة بها لأنها تترك بيد أمين . وفي الاصطلاح التسليط على حفظ المال . وركنها : أودعتك هذا المال أو ما قام مقامها فعلا كان أو قولاً والقبول من المودع حقيقة أو عرفا ، فإن من وضع ثوبه بين يدي رجل وقال هذا وديعة عندك وذبح صاحب الثوب ثم غاب الآخر وترك الثوب ثمة فضاع كان ضامنا ، لأن هذا قبول للودیعة عرفا . وشرطها : كون المال قابلا لإثبات اليد عليه ، لأن الإيداع عقد استحفاظ وحفظ للشيء بدون إثبات اليد غير متصور ، فإيداع الطير في الهواء والعبد الآبق غير

(كتاب الودیعة)

قال (الوديعة أمانة في يد المودع إذا هلك لم يضمنها) لقوله عليه الصلاة والسلام « ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان » ولأن بالناس حاجة إلى الاستيداع ، فلو ضمنناه بمنع الناس عن قبول الودائع فتتعطل مصالحهم . قال (وللمودع أن يحفظها بنفسه وبمن في عياله) لأن الظاهر أنه يلتزم بحفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه ،

أودعت زيدا مالا واستودعته إياه : إذا دفعته إليه ليكون عنده فأنا مودع ومستودع بكسر الدال فيهما ، وزيد مودع ومستودع بالفتح فيهما ، والمال مودع ووديعة . وشريعة تسليط الغير على حفظ المال انتهى . حيث فسر الإيداع بالتسليط المزبور دون الوديعة ، وقالوا : والمال مودع ووديعة . وأقول : فيما ذكر في الكافي والكفاية أيضا شيء ، لأن محصول ذلك أن معنى الإيداع لغة أعم من معناه شريعة لاختصاص الثاني بالمال وتناول الأول المال وغيره ، ولكن المفهوم من معتبرات كتب اللغة كالصحيح والقاموس والمغرب وغيرها اختصاص الأول أيضا بالمال ، لأن المذكور فيها عند بيان معناه ، يقال أودعته مالا : أى دفعته إليه ليكون وديعة عنده ، فلو لم يكن له اختصاص بالمال في اللغة أيضا لما أطبق أرباب اللغة على ذكر المال في بيان معناه ، بل كان اللائق بهم أن يقولوا أودعته شيئا أو دفعته إليه ليكون وديعة عنده ، والعجب أن صاحب الكافي والكفاية بعد أن قالوا : الإيداع لغة تسليط الغير على حفظ أى شيء كان مالا أو غير مال قالوا أيضا : يقال أودعت زيدا مالا واستودعته إياه : إذا دفعته إليه ليكون عنده ، وليس فيما استشدها به شيء يوهم العموم ، بل فيه ما يشعر بالخصوص كما عرفت آنفا فكان اللائق بهما جدا ترك ذلك (قوله الوديعة أمانة في يد المودع الخ) قال صاحب النهاية : فإن قيل : الوديعة والأمانة كلاهما عبارتان عن معبر واحد فكيف جوز بينهما المبتدأ والخبر ولا يجوز إيقاع اللفظين المترادفين مبتدأ وخبر إلا على طريق التفسير كقولك الليث أسد والحبس منع ، ومراد المصنف هاهنا ليس تفسير الوديعة بالأمانة . قلنا : جواز ذلك هاهنا بطريق العموم والخصوص ، فإن الوديعة خاصة والأمانة عامة ، وحمل العام على الخاص صحيح دون عكسه ، فالوديعة هي الاستحفاظ قصدا والأمانة هي الشيء الذى وقع في يده من غير قصد بأن هبت الريح في ثوب إنسان وألقته في حجر غيره ، والحكم في الوديعة

صحيح . وحكمها : كون المال أمانة عنده . قال (الوديعة أمانة في يد المودع) قد ذكرنا أن الوديعة في الاصطلاح هي التسليط على الحفظ وذلك يكون بالعقد ، والأمانة أعم من ذلك فإنها قد تكون بغير عقد كما إذا هبت الريح في ثوب فألقته في بيت غيره ، وإذا كان كذلك جاز حمل الأعم على الأخص ، والوديعة أمانة في يد المودع (إذا هلك لم يضمنها لقوله صلى الله عليه وسلم « ليس على المستعير غير المغل ضمان » ولا على المستودع غير المغل ضمان » والغلول والإغلال : الخيانة إلا أن الغلول في المغنم خاصة والإغلال عام . قيل فيه نظر ، لأنه ذكر في غريب الحديث أنه قول شريح ليس بحديث مرفوع . وأجيب بأنه مسند عن عبد الله بن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم (ولأن شرعيتها لحاجة الناس إليها ، فلو ضمننا المودع امتنع الناس عن قبولها ، وفي ذلك تعطيل لمصالح المسلمين) قال (وللمودع أن يحفظها بنفسه وبمن في عياله) قالوا المراد به من يساكنه لا الذى يكون في نفقة المودع فحسب ، فإن المرأة إذا أودع عندها شيء جاز لها أن تدفع إلى زوجها ، وابن المودع الكبير إذا كان يساكنه ولم يكن في نفقته وتركه الأب في بيت فيه الوديعة لم يضمن لكن بشرط أن لا يعمل بمن في عياله الخيانة ، فإن علم ذلك وحفظ بهم ضمن ، وهذا إذا لم ينه عن الدفع إليهم (لأن الظاهر أنه يلتزم بحفظ مال غيره على الوجه الذى يحفظ مال نفسه) وهو إنما يحفظ ماله بمن في عياله فيجوز أن يدفع إليهم الوديعة ، وعن هذا قيل العيال ليس بشرط ، فإنه روى عن محمد أن المودع إذا دفع الوديعة إلى وكيله وهو ليس في عياله أو دفع إلى أمين من أمنائه ممن يثق به في ماله وليس في عياله أنه لا يضمن

(قوله قد ذكرنا أن الوديعة في الاصطلاح هي التسليط على الحفظ وذلك يكون بالعقد) أقول : مخالف لما تقدم في الإقرار من أن الوديعة قد تكون بغير صئحة (قوله والأمانة أعم من ذلك ، إلى قوله : جاز حمل الأعم على الأخص) أقول : فيه أن الأمانة مبيانية للوديعة بهذا المعنى لا أنها أعم منه ، بل المراد بالوديعة ما يترك عند الأمين .

أن يبرأ عن الضمان إذا عاد إلى الوفاق ، وفي الأمانة لا يبرأ بعد الخلاف . هكذا نقل عن الإمام بدر الدين الكردي إلى هنا لفظ النهاية . وقال صاحب الكفاية : قال الشيخ الإمام بدر الدين رحمه الله : الفرق بين الودعة والأمانة بالعموم والخصوص ، فالودعة خاصة والأمانة عامة ، وحمل العام على الخاص صحيح دون عكسه ، فالودعة هي الاستحفاظ قصدا والأمانة هي الشيء الذي وقع في يده من غير قصد بأن هبت الريح في ثوب إنسان وألقته في حجر غيره ، والحكم في الودعة أن يبرأ عن الضمان إذا عاد إلى الوفاق ولا يبرأ عن الضمان إذا عاد إلى الوفاق في الأمانة ، إلى هنا كلامه . أقول : يرد على الجواب المزبور والفرق المذكور أن التقرير المسفور يقتضي أن يكون بين الودعة والأمانة تباين لا عموم وخصوص ، فإنه قد اعتبر في الأولى القصد وفي الأخرى عدم القصد ، وهما لا يجتمعان في مادة أصلا ، وكذا جعل حكم الأولى أن يبرأ عن الضمان بالعود إلى الوفاق ، وحكم الأخرى أن لا يبرأ عن الضمان بالعود إلى الوفاق ، وهما متناقضان لا يترتبان على شيء واحد فلا يتصور بينهما عموم وخصوص ، بل يتعين التباين ، وحمل أحد المتباينين على الآخر غير صحيح قطعاً فلا يتم المطلوب . وقال صاحب العناية هاهنا : قد ذكرنا أن الودعة في الاصطلاح هي التسليط على الحفظ وذلك يكون بالعقد ، والأمانة أعم من ذلك فإنها قد تكون بغير عقد كما إذا هبت الريح في ثوب فألقته في بيت غيره ، وإذا كان كذلك جاز حمل الأعم على الأخص اه كلامه . ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه : إن الأمانة مباين للودعة بهذا المعنى لا أنها أعم منه ، بل المراد بالودعة ما يترك عند الأمين اه . أقول : قد كان لاح لي ما ذكره من حديث كون الودعة بهذا المعنى مباينة للأمانة مع كلام آخر ، وهو أنه يلزم حينئذ أن لا يصح قول المصنف الودعة أمانة في يد المودع ، إذ التسليط على الحفظ أمر معنوي لا يمكن أن يكون في يد المودع ، ولكن دفعتهما معا بحمل كلام صاحب العناية على المساحة بأن يكون مراده بقوله هو التسليط على الحفظ هو ما يحصل بسبب التسليط على الحفظ فيكون حمل نفس التسليط على الودعة من قبيل الإسناد المجازي ، فلا يتأني هذا أن تكون الودعة في الحقيقة ما يترك عند الأمين فيندفع المخدوران المزبوران معا . ثم إن هذا التوجيه وإن كان بعيداً عن ظاهر اللفظ إلا أنه لا بد من المصير إليه تصحيحاً لكلمات ثقات الناظرين في هذا المقام ، فإن ذنبك المخدورين يردان على ظاهر لفظ كل واحد منهم ؛ ألا ترى أنه قال في النهاية والكفاية : فالودعة هي الاستحفاظ قصدا والأمانة هو الشيء الذي وقع في يده من غير قصد ، وقال في غاية البيان : لأن الودعة عبارة عن كون الشيء أمانة باستحفاظ صاحبه عند غيره قصداً ، والأمانة قد تكون من غير قصد إلى غير ذلك من عبارات المشايخ . بقی هاهنا شيء ، وهو أن ما ذكره الشراح هاهنا من أن الأمانة أعم من الودعة بناء على اعتبار القصد في الودعة دون الأمانة مخالف لما صرحوا به في أواخر باب الاستثناء من كتاب الإقرار من أن الودعة قد تكون من غير صنع صاحبها كاللقة فإنها ودعة في يد الملتقط وإن لم يدفع إليه صاحبها ، وكذا إذا هبت الريح فألقت ثوبا في دار إنسان . وأما مجرد ما ذكره المصنف هناك من أن الودعة قد تكون من غير صنعه فلا يقتضي المخالفة لجواز أن يكون مراده بقوله من غير صنعه من غير صنع المقر لا من غير صنع صاحب الودعة كما يرشد إليه قوله هناك ، حتى لو قال أودعتها كان على هذا الخلاف ، وقد نهت عليه هناك فتدبر . ثم إن صاحب النهاية بعد أن ذكر الجواب الأول ونسبه إلى الإمام بدر الدين الكردي كما مر قال : والأولى من الجواب فيه أن يقال : لفظ الأمانة صار علما لما هو غير مضمون فكان قوله هو أمانة عنده : أي غير مضمون عليه من غير تفاوت بين اللفظين بوجه من الوجوه ، حتى أن لفظ الأمانة ينسحب استعماله في جميع الصور التي لا ضمان فيها ، وأراد بالودعة ما وضع للأمانة بالإيجاب والقبول فكانا متغايرين فصح إيقاعهما مبتدأ وخبراً اه . أقول : فيه نظر ، إذ لو كان المراد بالأمانة المذكورة في الكتاب معنى غير مضمون لما احتج إلى ذكر قوله إذا هلك لم يضمن للقطع بقبح أن يقال الودعة غير مضمونة على المودع إذا هلك لم يضمن لكون الثاني مستدركا . ورد عليه الشارح العيني بوجه آخر حيث قال بعد نقله وفيه ما فيه ، لأن العلم ما وضع لشيء بعينه وغير مضمون ليس كذلك ، وليت شعري أي علم هذا من أقسام الأعلام اه كلامه .

لأنه لما كان موثوقا به في ماله كان في الودعة كذلك

ولأنه لا يجد بدا من الدفع إلى عياله لأنه لا يمكنه ملازمة بيته ولا استصحاب الوديعة في خروجه فكان المالك راضيا به (فإن حفظها بغيرهم أو أودعها غيرهم ضمن) لأن المالك رضى بيده لا بيد غيره ، والأيدى تختلف في الأمانة ، ولأن الشيء لا يتضمن مثله كالوكيل لا يوكل غيره ، والوضع في حوز غيره إيداع . إلا إذا استأجر الحرز فيكون حافظا بحرز نفسه . قال (إلا أن يقع في داره حريق فيسلمها إلى جاره أو يكون في سفينة فخاف الغرق فيلقها إلى سفينة أخرى) لأنه تعين طريقا للحفظ في هذه الحالة فيرتضيه المالك ، ولا يصدق على ذلك إلا بيينة لأنه يدعى ضرورة مسقط للضمان بعد تحقق السبب فصار كما إذا ادعى الإذن في الإيداع . قال (فإن طلبها صاحبها فحبسها وهو يقدر على تسليمها ضمنها) لأنه متعد بالمتع . وهذا لأنه لما طالبه لم يكن راضيا بإمساکه

أقول : دفع هذا سهل ، لأن لفظ الأمانة إن كان علما لما هو غير مضمون كان من أعلام الأجناس ، كأسامة فإنه علم بالجنس الأسد ، وسبحان فإنه علم بالجنس التسييح إلى غير ذلك من أعلام الأجناس التي ذكرها في كتب النحو وينبوا دخولها في تعريف العلم بما وضع لشيء بعينه غير متناول غيره بوضع واحد ، فن أقرر مباحث ذلك في محالها لا يشتبه عليه الأمر فيما نحن فيه (قوله ولأنه لا يجد بدا من الدفع إلى عياله لأنه لا يمكنه ملازمة بيته ولا استصحاب الوديعة في خروجه فكان المالك راضيا به) أقول : فيه شيء ، وهو أن قوله فكان المالك راضيا به يشعر بكون مدار جواز دفع الوديعة إلى عياله رضا المالك به ، وذلك يقتضي عدم جواز دفعها إليه عند عدم رضاه به ، وليس كذلك فإن المالك إذا نهى عن دفعها إلى أحد من عياله فدفعها إلى المالك له منه لم يضمن كما سيأتى في الكتاب . فالظاهر أن مدار ذلك هو الضرورة كما هو المفهوم من قوله ولأنه لا يجد بدا من الدفع إلى عياله ، فالأولى أن يترك فكان المالك راضيا به ويقال بدله ، فإن امتناع الحفظ بعياله يقتضى سد باب الودائع وتعطل مصالح العباد كما وقع في شرح القدوري للإمام الزاهد (قوله فإن حفظها بغيرهم أو أودعها غيرهم ضمن لأن المالك رضى بيده لا يد غيره ، والأيدى تختلف في الأمانة) أقول : فيه أيضا شيء وهو أن ظاهر هذا التعليل يقتضى أن يضمن أيضا إذا حفظها بيد

(قوله ولأنه) دليل آخر على ذلك ، وهو أنه : أى المودع (لا يجد بدا من الدفع إلى عياله لأنه لا يمكنه ملازمة بيته) لا محالة (ولا استصحاب الوديعة عند خروجه) وهذا معلوم للمودع (فيكون راضيا به ، فإن حفظها بغيرهم) بأن ترك بيتا فيه الوديعة وخرج وفيه غير عياله (أو أودعها غيرهم) بأن نقلها من بيته وأودعها عند غيرهم (ضمن ، لأن المالك رضى بيده لا بيد غيره) الحال أن (الأيدى تختلف في الأمانة) قيل هذا يناقض قوله لأن الظاهر أن يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذى يحفظ مال نفسه لأن المودع يجوز له أن يستودع ماله عند غيره فينبغى أن يملك إيداع الوديعة أيضا ، وخطوه ظاهر لأن قوله الظاهر أن يلتزم حفظ مال غيره لا يدل على جواز الإيداع ، لأن الإيداع استحفاظ لا حفظ (قوله ولأن الشيء لا يتضمن مثله) قد تقدم ما يرد عليه من النقض بالمستعير والعبد المأذون والمكاتب فإن لم ولاية . فعل ما فعل بهم ، والوعد بالحواب في مظانها ولا بأس بذكره هاهنا إجمالا ، وهو أن المستعير مالك للمنفعة والمأذون يتصرف بحكم الملك وكذلك المكاتب فيملك كل منهما التملك (والوضع في حوز الغير إيداع) كالتسليم إليه فيوجب الضمان (إلا إذا استأجره فيكون حافظا بحرز نفسه) (قوله إلا أن يقع في داره حريق) استثناء من قوله فإن حفظها بغيرهم ضمن ، فإذا وقع ذلك تعين التسليم إلى جاره أو الإلقاء إلى سفينة أخرى طريقا للحفظ فيكون مرضى المالك وينتفى الضمان ، لكنه منهم في دعوى ذلك لادعائه ضرورة مسقط للضمان بعد تحقق السبب وهو التسليم والإلقاء فصار كدعوى الإذن بالإيداع فلا بد من إقامة البينة . وقال في المنتقى : إذا علم احتراق بيته قبل قوله يعنى بلا بينة . قال (فإن طلبها صاحبها فحبسها وهو يقدر على تسليمها ضمنها الخ) إذا طلب المودع الوديعة وحبسها المودع وهو قادر على التسليم ضمن لأنه متعد إذ المتعدى هو الذى يفعل بالوديعة

(قوله لأن الإيداع استحفاظ لا حفظ) أقول : فيه تأمل .

بعده فيضمنه بحبسه عنه . قال (وإن خلطها المودع بماله حتى لا يتميز ضمنها ثم لاسبيل للمودع عليها عند أبي حنيفة وقالوا : إذا خلطها بجنسها شركة إن شاء) مثل أن يخلط الدراهم البيض بالسود والسود بالحنطة والحنطة بالشعير . لهما أنه لا يمكنه الوصول إلى عين حقه صورة وأمكنه معنى بالقسمة فكان استهلاكاً من وجه دون وجه فيميل إلى أيهما شاء . وله أنه استهلاك من كل وجه لأنه فعل يتعذر معه الوصول إلى عين حقه ، ولا معتبر بالقسمة لأنها من موجبات الشركة فلا تصلح موجبة لها ، ولو أبرأ الخالط لاسبيل له على المخلوط عند أبي حنيفة لأنه لاحق له لافي الدين وقد سقط ، وعندهما بالإبراء تسقط خيرة الضمان فيتعين الشركة في المخلوط ، وخط الخل بالزيت وكل مائع بغير جنسه يوجب انقطاع حق المالك إلى الضمان ، وهذا بالإجماع لأنه استهلاك صورة وكذا معنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس ، ومن هذا القبيل خلط الحنطة بالشعير في الصحيح لأن أحدهما لا يخلو عن حبات الآخر فتعذر التمييز والقسمة . ولو خلط المائع بجنسه فعند أبي حنيفة ينقطع حق المالك إلى ضمان لما ذكرنا ، وعند أبي يوسف يجعل الأقل تابعا للأكثر اعتباراً للغالب أجزاء ، وعند محمد شركة بكل حال لأن الجنس لا يغلب الجنس عنده على ما مر في الرضاع ،

من في عياله لا يبد نفسه لأن يدهم غير يد نفسه فالأظهر أن يقال : لأن المالك رضى بيدهم لا يبد غيرهم على نهج قوله في نفس المسئلة ، فإن حفظها بغيرهم أو أودعها بغيرهم على صيغة الجمع الشاملة لنفسه وعياله كما وقع في شرح القدوري للإمام الزاهد حيث قال : لأن الأيدي تختلف في الأمانة فلا يكون رضاه بيدهم رضا يبد غيرهم (قوله ولا معتبر بالقسمة لأنها من موجبات الشركة فلا تصلح موجبة لها) قال بعض الفضلاء : فيه تأمل ، فإن المعلول هنا جواز الشركة والعلة إمكان القسمة والقسمة نفسها من

مالا يرضى به المودع فإذا طلبه لم يرض بعد ذلك بإمسائه وقد حبسه فصار ضماناً ، والخلط النافي للتمييز تعدى فوجب الضمان ويقطع للشركة عند أبي حنيفة . وقالوا : إن خلط بالجنس شركة إن شاء ، مثل أن يخلط الدراهم البيض بمثلها والسود بمثلها والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير ولا تعذر الوصول إلى حقه صورة وأمكنه معنى بالقسمة ، وكل ما هو كذلك فهو استهلاك من وجه دون وجه فيميل إلى أيهما شاء . ولأبي حنيفة أنه استهلاك من كل وجه لتعذر الوصول معه إلى عين حقه وهذا مسلم عند الخصم (قوله وأمكنه معنى) غير صحيح لأنه بالقسمة وهى من أحكام الشركة (فلا تصلح موجبة لها) لثلاث ينقلب المعلول (ولو أبرأ) المالك (الخالط سقط حقه عن ذمة المودع عنده لأنه لاحق له لافي الدين وقد أسقط . وعندهما تسقط خيرة الضمان لتعين الدين لصرف الإبراء إليه فتبقى الشركة في المخلوط و) إن خلط المائع بغير الجنس (كخلط الحل) بالخاء المهملة وهو دهن السمسم (بزيت الزيتون) صار مذهباً كذهب أبي حنيفة (يوجب انقطاع حق المالك إلى الضمان بالإجماع لأنه استهلاك صورة) وهو ظاهر (ومعنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس) لأن حقيقة القسمة بالإفراز ، وذلك إنما يكون عند اتحاد الجنس (ومن هذا القبيل) أى من قبيل انقطاع حق المالك بالإجماع (خلط الحنطة بالشعير في الصحيح) وقوله في الصحيح احتراز عن قول بعضهم إن الجواب في ذلك كالجواب في خلط الحنطة بالحنطة فكان على الاختلاف المذكور (لأن أحدهما لا يخلو عن حبات الآخر فيتعذر التمييز) صورة ومعنى (وإن خلط المائع بجنسه أوجب الضمان عنده لما ذكرنا) من الاستهلاك (وعند أبي يوسف يجعل الأقل تابعا للأكثر) فيكون المخلوط لصاحب الكثير . ويضمن لصاحب القليل (اعتباراً للغالب أجزاء) وعند محمد شركة بكل حال (أى سواء كان الخلط بالقليل أو بغيره) (لأن الجنس لا يغلب الجنس عنده لما مر في الرضاع) إذا جمع بين لهن

(قال المصنف : ولا معتبر بالقسمة لأنها من موجبات الشركة فلا تصلح موجبة لها) أقول : فيه تأمل فإن المعلول هنا جواز الشركة والعلة إمكان القسمة والقسمة نفسها من موجبات نفس الشركة (قوله لأن أحدهما لا يخلو عن حبات الآخر) أقول : هذا تعليل لقوله ومن هذا القبيل الخ .

- ٤٨٩ -

ونظيره خلط الدراهم بمثلها إذابة لأنه يصير مائعا بالإذابة . قال (وإن اختلقت بماله من غير فعله فهو شريك لصاحبها) كما إذا انشق الكيسان فاختلطا لأنه لا يضمها لعدم الصنع منه فيشتركان وهذا بالاتفاق . قال (فإن أنفق المودع بعضها ثم ردّ مثله فخلطها بالباقي ضمن الجميع) لأنه خلط مال غيره بماله فيكون استهلاكاً على الوجه الذى تقدم . قال (وإذا تعدى المودع فى الوديعة بأن كانت دابة فركبها أو ثوبا فلبسه أو عبداً فاستخدمه أو أودعها غيره ثم أزال التعدى فردّها إلى يده زال الضمان) وقال الشافعى : لا يبرأ عن الضمان لأن عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامناً للمنافاة فلا يبرأ إلا بالردّ على المالك . ولنا أن الأمر باق لإطلاقه ، وارتفاع حكم العقد ضرورة ثبوت نقيضه ، فإذا ارتفع عاد حكم العقد ، كما إذا استأجره للحفظ شهراً فترك الحفظ فى بعضه ثم حفظ فى الباقي

موجبات نفس الشركة اه . أقول : هذا ساقط ، فإن القسمة نفسها ليست من موجبات الشركة قطعاً ، إذ لا شك أنه لا يجب على المشتركين فى شىء قسمة ذلك الشىء ، بل يجوز أن يتصرفا فيه على الاشتراك من غير قسمة أبداً ، فإنما الذى من موجبات نفس الشركة وجوازها هو جواز القسمة لا القسمة نفسها ، فلا يصلح أن يكون جواز القسمة فيما نحن فيه علة موجبة للشركة لئلا ينقلب المعلول علة ، فإن المعلول هنا عندهما جواز الشركة قبل أن تتعلق مشيئة المودع بالشركة ، ونفس الشركة بعد أن

أمرأتين فى قديم وصبّ فى حلق رضيع يثبت الرضاع منهما جميعاً عند محمد (ونظيره خلط الدراهم بمثلها إذابة لصيرورته مائعا بالإذابة وإن اختلقت بمال المودع من غير فعله ، كما لو انشق الكيسان فاختلطا صاراً شريكين لأنه لم يصنع شيئاً يوجب الضمان وهذا بالاتفاق) فإن هلك البعض كان من مالهما جميعاً إذ الأصل فى المال المشترك أن يكون المالك من مالهما والباقي على الشركة (فإن أنفق المودع بعضها ثم ردّ مثله فخلطه بالباقي ضمن الجميع) البعض بالاستهلاك اتفاقاً والبعض به خلطاً . لا يقال : فاجعل الردّ قضاء لا خلطاً لعدم تفرده بالقضاء بغير محضر من صاحبه ، ولو لم يردّ ما أنفق كان ضامناً لما أنفق دون مابقى منها لبقاء الحفظ فيه وبما أنفق لم يتعيب الباقي . فإن هذا مما لا يضره التبعض إذ الكلام فيه ، وإن أخذ ولم يتفق ثم بدا له فردّه إلى موضعه فهلك فلا ضمان عليه ، لأن أخذه لم يناف الحفظ ، وبمجرد النية لا يصير ضامناً ، كما لو نوى أن يغصب مال إنسان ولم يفعل . قال (وإذا تعدى المودع فى الوديعة الخ) وإذا تعدى المودع فى الوديعة فركب الدابة أو لبس الثوب أو استخدم العبد أو أودعها عند غيره ثم أزال التعدى فردّها إلى يده زال الضمان . وقال الشافعى رحمه الله : لا يبرأ عن الضمان لأن عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامناً ، لأن الوديعة لتكونها أمانة تنافى الضمان ، وإذا ثبت الضمان انتفى المنافى الآخر وهو الوديعة فلا يبرأ إلا بالردّ على المالك . ولنا أن الأمر باق لإطلاقه عن التقيد بوقت فيوجب بقاء المأمور به وهو الحفظ لئلا وجه الأمانة ، وارتفاع حكم العقد وهو الحفظ المذكور ضرورة ثبوت نقيضه وهو الأمانة بالمخالفة ، والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة وهى تندفع بإثباته ما دامت المخالفة باقية فلا يتعدى إلى ما بعد ارتفاعه ، فإذا ارتفع عاد حكم العقد ، وعورض بأن الأمر باق فيكون مأموراً بدوام الحفظ ، وما هذا شأنه فالمخالفة فيه ردّ للأمر من الأصل كالحجود فلا يبرأ عن الضمان برفع المخالفة كالاعتراف بعد الحجود . وأجيب بأننا لا نسلم أن المخالفة فيه ردّ له من الأصل لأن بطلان الشىء إنما يكون بما هو موضوع لإبطاله أو بما ينافيه ، والمخالفة بالاستعمال ليست بموضوعة لإبطال الإيداع ولا تنافيه ؛ ألا ترى أن الأمر بالحفظ مع الاستعمال صحيح ابتداءً بأن يقول للغاصب أو دعتهك وهو مستعمل ، بخلاف الحجود فإنه قول موضوع للردّ فيجوز أن يكون ردّاً لقول مثله ؛ ألا ترى أن الحجود فى أوامر الشرع ردّها يكفر به والمخالفة بترك صلاة أو صوم مأمور به ليست برداً ولهذا لا يكفر بها (قوله كما إذا استأجره) نظير لمسهلة الوديعة بالاستئجار فإن المخالفة ترك الحفظ فى بعض أوقات كونها ديمة ، فصار كما إذا استأجره للحفظ شهراً فترك الحفظ فى بعضه ثم عاد إلى الحفظ فى الباقي فإنه ترك الحفظ فى بعض الأوقات ولم يخرج بذلك عن كونه أميناً .

(قوله لا يقال فاجعل الردّ قضاء لا خلطاً لعدم تفرده) أقول : قوله لعدم تفرده جواب لقوله لا يقال فاجعل الخ (قوله ضرورة ثبوت نقيضه وهو الأمانة بالمخالفة) أقول : الظاهر أن يقال وهو الخيانة .

فحصل الرد إلى نائب المالك . قال (فإن طلبها صاحبها فجعلها ضمنها لأنه لما طالبه بالرد فقد عزله عن الحفظ فبعد ذلك هو بالإمسك غاصب مانع فيضمنها ، فإن عاد إلى الاعتراف لم يبرأ عن الضمان لارتفاع العقد ، إذ المطالبة بالرد رفع من جهته والحدود فسخ من جهة المودع كجحد الوكيل الوكالة وجحد أحد المتعاقدين البيع فتم الرفع أو لأن المودع ينفرد بعزل نفسه بمحض من المستودع كالوكيل يملك عزل نفسه بحضرة الموكل ، وإذا ارتفع لا يعود إلا بالتجديد فلم يوجد الرد إلى نائب المالك ، بخلاف الخلاف ثم العود إلى الوفاق ، ولو جعلها عند غير صاحبها لا يضمنها عند أبي يوسف خلافاً لزرر لأن الجحد عند غيره من باب الحفظ لأن فيه قطع طمع الطامعين ، ولأنه لا يملك عزل نفسه بغير محضر منه أو طلبه فبقى الأمر بخلاف ما إذا كان يحضرته . قال (وللمودع أن يسافر بالوديعة وإن كان لها حمل ومؤنة عند أبي حنيفة وقالوا : ليس له ذلك إذا كان لها حمل ومؤنة) وقال الشافعي : ليس له ذلك

تتعلق مشيئته بها . وكلاهما كانا يوجبان جواز القسمة تأمل (قوله وللمودع أن يسافر بالوديعة وإن كان لها حمل ومؤنة عند أبي حنيفة الخ) قال صاحب العناية في حل هذا المحل : قالوا إذا كان الطريق آمناً ، فإن كان مخوفاً ضمن بالاتفاق ، وإذا كان آمناً وله بد من السفر فكذلك ، وإن لم يكن وسافر بأهله لا يضمن وإن سافر بنفسه ضمن لأنه أمكنه تركها في أهله اهـ . أقول : هذا تحرير مختل وحل فاسد ، لأنه إن كان مقول القول في : قالوا مجنون ما ذكره بأن كان قوله إذا كان الطريق آمناً شرطاً

واعترض بأن هذا التنظير غير مستقيم ، لأن بقاء كونه أميناً باعتبار أن عقد الإجارة عقد لازم فلا يرتد بردة بخلاف مانع فيه . وأجيب بأن العقد لازم وغير لازم في الانتقاض بعدم تسليم المعقود عليه سواء بالاتفاق كالإجارة والعارية والبيع والهبة تنتقض بعدم تسليم المعقود عليه ثم في الاستئجار ورد العقد على منفعة الحافظ في المدة والمنفعة تحدث شيئاً فشيئاً فيترك الحفظ في بعض المدة يبطل العقد في ذلك القدر . ويكون باقياً لبقاء المعقود عليه فكذا في الحفظ بغير بدل . وقوله (فحصل الرد إلى نائب المالك) جواب عن قوله فلا يبرأ إلا بالرد على المالك . ووجهه أن المودع نائب المالك ، فإذا ارتفعت المخالفة وعاد مودعاً حصل الرد إلى نائب المالك . وقوله (فإن طلبها صاحبها الخ) ظاهر . وقوله (ولو جعلها عند غير صاحبها) كأن قال له رجل ما حال وديعة فلان ؟ فقال ليس له عندى وديعة (لا يضمنها عند أبي يوسف) وكذا لو جعلها عند صاحبها من غير طلب منه مثل أن يقول : ما حال وديعتي عندك ؟ فقال ليس لك عندى وديعة (خلافاً لزرر) وإنما ذكر خلافهما فحسب ، وإن كان عدم وجوب الضمان قول العلماء الثلاثة ، قيل لأن هذا الفصل غير مذكور في المبسوط ، وإنما ذكر خلافهما فحسب ، وإن كان عدم كذلك . وجه قول زرر أن الجحد سبب للضمان سواء كان عند المالك أو لا كالإتلاف حقيقة . وجه قول أبي يوسف ما ذكره أنه من باب الحفظ لأن فيه قطع طمع الطامعين . قال (وللمودع أن يسافر بالوديعة الخ) وللمودع أن يسافر بالوديعة وإن كان لها حمل ومؤنة قالوا إذا كان الطريق آمناً ، فإن كان مخوفاً ضمن بالاتفاق ، وإذا كان آمناً وله بد من السفر فكذلك ، وإن لم يكن وسافر بأهله لا يضمن ، وإن سافر بنفسه ضمن لأنه أمكنه تركها في أهله ، ولا فرق بين السفر الطويل والقصير ، وقالوا : ليس له ذلك إذا كان لها حمل ومؤنة ، وقد تقدم معنى الحمل والمؤنة ، لكن قيل عند أبي يوسف إذا كان بعيداً ، وعند محمد قريباً كان أو بعيداً . وقال الشافعي : ليس له ذلك في الوجهين : أى سواء كان لها حمل ومؤنة أو لا . لأبي حنيفة إطلاق الأمر لأن الأمر أمره بالحفظ مطلقاً فلا يتقيد بمكان كما لا يتقيد بزمان . فإن قيل : سلمنا أن إطلاق الأمر يقتضى الجواز لكن المانع عنه متحقق وهو كون المفازة ليس محلاً للحفظ . أجاب بقوله والمفازة محل للحفظ إذا كان الطريق آمناً ، ولهذا : أى ولكون المفازة محلاً للحفظ يملك الأب والوصى المسافرة بمال الصبي ، فلو كان التلف مضموناً لما جاز لهما ذلك . قيل مسافرة الأب والوصى بمال الصبي للتجارة والناس يخاطرون بالتجارة لطمع الربح وليس للمودع حق التصرف والاسترباح في الوديعة (قوله قيل لأن هذا الخ) أقول : قاله السيد جلال (قوله وإن لم يكن وسافر بأهله الخ) أقول : يخالف لما في غاية البيان .

في الوجهين لأبي حنيفة رحمه الله إطلاق الأمر ، والمفاضة محل للحفظ إذا كان الطريق آمنا ولهذا يملك الأب والوصي في مال الصبي . ولهما أنه تلزمه مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة ، والظاهر أنه لا يرضى به فيتقيد ، والشافعي يقيده بالحفظ المتعارف وهو الحفظ في الأمصار وصار كالاستحفاظ بأجر . قلنا : مؤنة الرد تلزمه في ملكه ضرورة امتثال أمره فلا يبالي به والمعتاد كونهم في المصر لا يحفظهم : ومن يكون في المفاضة يحفظ ماله فيها ، بخلاف الاستحفاظ بأجر لأنه عقد معاوضة فيقتضى التسليم في مكان العقد (وإذا نهى المودع أن يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن) لأن التقيد مفيد إذ الحفظ في المصر أبلغ فكان صحيحا . قال (وإذا أودع رجلان عند رجل وديعة فحضر أحدهما وطلب نصيبه منها لم يدفع إليه حتى يحضر الآخر عند أبي حنيفة ، وقالوا : يدفع إليه نصيبه)

وما بعده جزاءه فسد المعنى جدا ، إذ يلزم حينئذ أن يكون ما كان الطريق مخوفا قسما بما كان آمنا فيلزم أن يكون ضد الشيء قسما منه وهو باطل قطعاً ، وإن كان مقول ذلك قوله إذا كان الطريق آمنا فقط بأن كان معناه قالوا هذا الذي ذكر في الكتاب إذا كان الطريق آمنا كما هو المطابق لما في الكافي وسائر الشروح ، وكان قوله فإن كان مخوفا ضمن بالاتفاق بيانا لحكم كون الطريق مخوفا في المسافرة بالوديعة ، وكان قوله وإذا كان آمنا وله بد من السفر الخ تفصيلا لحكم كون الطريق آمنا في المسافرة بالوديعة فسد معنى المقام أيضا ، لأنه إن أراد بقوله إذا كان الطريق آمنا في قوله قالوا إذا كان الطريق آمنا ما هو عام لما كان له بد من السفر وما لم يكن كما هو الظاهر من إطلاق اللفظ كان قوله في التفصيل ، وإذا كان آمنا وله بد من السفر فكذلك متافيا لذلك قطعاً ، وإن أراد بذلك ما هو مفيد بأن لم يكن له بد من السفر فمع كون اللفظ غير مساعد له ينفيه قوله في التفصيل وإن سافر بنفسه ضمن لأنه قسم من ذلك المقيد كما ترى مع أن حكمه وهو الضمان مخالف لما ذكر في الكتاب ، على أن ماذكر في الكتاب فيما إذا لم يعين المالك المصر للحفظ فيه كما يقتضيه إطلاق اللفظ ، ويدل عليه قطعاً قول المصنف فيما بعد : وإذا نهى المودع أن يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن ، ولم يذكر في واحد من كتب الفقه ولم ينقل عن أحد قط التفصيل الذي ذكره

فلا يكون الاستدلال به على المودع صحيحا . وأجيب بأنه توضيح للاستدلال ، ولئن كان استدلالا فهو صحيح لأن ولايتهما على مال الصبي نظرية . وأولى وجوه النظر رعايته عن مواضع التلف ، فلو كان في السفر وهم التلف لما جاز ، وحيث جاز بالاتفاق اتفق وهم التلف . ولهما أنه تلزمه مؤنة الرد لأن المودع يجوز أن يموت في بعض الطريق فيلزم المالك مؤنة الرد ، والظاهر أنه لا يرضى به فيتقيد به ، لكن أبا يوسف جعل السفر القريب عفوا قياسا على الغنم يسير في التجارات ، والشافعي يقيده بالحفظ المتعارف وهو الحفظ في الأمصار وجعله كالاستحفاظ بالأجر ، فإنه إذا استأجر رجلا شهرا بدرهم ليحفظ ماله فإنه لا يملك السفر بذلك المال ، وإن سافر ضمن (قوله قلنا مؤنة الرد) جواب عن قولهما وتقريره سلمنا أن المؤنة تلحق المالك لكنه ليس لمعنى من قبل المودع بل من حيث ضرورة امتثال المودع أمره فإنه أمره مطلقا وهو لا يتقيد بمكان ، فهو لمعنى راجع إلى المالك فلا يبالي به . وقوله (والمعتاد كونهم في المصر) جواب عن قول الشافعي : يعني أن المعتاد كون المودعين وقت الإيداع في المصر (لا يحفظهم) ، فإن من كان في المفاضة يحفظ ماله فيها) ولا ينقله إلى الأمصار (بخلاف الاستحفاظ بالأجر لأنه عقد معاوضة فيقتضى التسليم في مكان العقد ، وإذا نهى المالك أن يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن لأن التقيد مفيد ، إذ الحفظ في المصر أبلغ فكان صحيحا) قال (وإذا أودع رجلان عند رجل وديعة الخ) إذا تعدد المودع وطلب بعضهم نصيبه منها في غيبة الباقي لم يجز المودع على الدفع إليه حتى يحضر الباقي . وقالوا : يدفع إليه نصيبه ولا يكون ذلك قسمة على الغائب ، حتى أن الباقي إن هلك في يد المودع كان للغائب أن يشارك القابض فيما قبض . وذكر رواية الجامع الصغير ليدل بوضعه على أن المراد

(قوله لأن ولايتهما على مال الصبي نظرية) أقول : لقوله تعالى - ولا تقرّبوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن - ولولا أنه من الأحسن لما جاز ذلك لهما .

وفي الجامع الصغير : ثلاثة استودعوا رجلا ألفا فغاب اثنان فليس للحاضر أن يأخذ نصيبه عنده ، وقالوا : له ذلك ، والخلاف في المكيل والموزون ، وهو المراد بالمذكور في المختصر . لهما أنه طالبه بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع إليه كما في الدين المشترك ، وهذا لأنه يطالبه بتسليم مأسلم إليه وهو النصف ، ولهذا كان له أن يأخذه فكذا يؤمر هو بالدفع إليه . ولأبي حنيفة أنه طالبه بدفع نصيب الغائب لأنه يطالبه بالمفرز وحقه في المشاع ، والمفرز المعين يشتمل على الحقين ، ولا يتميز حقه إلا بالقسمة ، وليس للمودع ولاية القسمة ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالإجماع ،

صاحب العناية في صورة إذا كان الطريق آمنا ولم يعين المالك المصر للحفظ فيه ، وإنما ذكروا ذلك التفصيل في صورة إن كان الطريق مخوفاً أو إن عين المالك المصر للحفظ فيه : فالصواب في هذا المقام تحرير صاحب النهاية حيث قال : هذا كله إذا كان الطريق آمناً ، أما إذا كان مخوفاً له بد من السفر ضمن بالاتفاق ، وكذا الأب والوصي وإن لم يكن له بد من السفر ، إن سافر بأهله لا يضمن ، وإن سافر بنفسه ضمن لأنه يمكنه أن يتركها في أهله ، كذا في الجامع الصغير لقاضيخان اهـ . وتحرير صاحبي الكافي ومعراج الدراية حيث قالوا : هذا إذا لم يعين المالك المصر للحفظ فيه بل أطلق فإن عين الحفظ في المصر فسافر إن كان سفراً له منه بد ضمن ، وإن كان سفراً لا بد له منه فإن أمكنه الحفظ في المصر مع السفر بأن أمكنه أن يترك واحداً من عياله مع الوديعة في المصر ضمن ، وإن لم يمكنه ذلك لم يضمن اهـ . وكأن صاحب العناية لم يفرق بين الحالين فخلط الكلام وأفسد معنى المقام (قوله وفي الجامع الصغير : ثلاثة استودعوا رجلاً ألفاً فغاب اثنان فليس للحاضر أن يأخذ نصيبه عنده ، وقالوا : له ذلك) قال في العناية وذكر رواية الجامع الصغير ليدل بوضعه على أن المراد بموضع الخلاف المذكور في مختصر القدوري من قوله وديعة المكيل والموزون لأن المذكور فيه الألف وهو موزون انتهى . أقول : فيه بحث ، إذ ليس فيما ذكره من رواية الجامع الصغير ما يشعر بمحصر وضع المسئلة فيما يقسم حتى يدل به على أن موضع الخلاف هو المكيل والموزون . قوله لأن المذكور فيه الألف وهو موزون ليس بشيء ، إذ لا شك أن الألف إنما ذكر فيه على سبيل التمثيل لا الحصر ، كيف ولو أفاد بذلك الحصر لكان وضع المسئلة المذكورة فيه غير متناول للمكيل أصلاً بمقتضى قوله وهو موزون ، ولا للموزون الذي هو غير الألف فيفوت المطلوب . وقال في معراج الدراية : قال أبو جعفر في الكشف : في هذه الرواية من الفائدة ما ليس في رواية كتاب الوديعة ، وذلك أن رواية كتاب الوديعة : القاضي لا يأمر المودع بالدفع ، وكان يجوز أن يقول قائل : إن كان القاضي لا يأمر المودع بالدفع فله أن يأخذه ديانة ، فلما قال في الجامع ليس له أن يأخذ زالت هذه الشبهة . وفائدة أخرى أن رواية كتاب الوديعة في اثنين ورواية الجامع في الثلاثة ، فلولا رواية الجامع لكان لبعض أن يقول : نصيب الواحد الحاضر من الثلاثة أقل من نصيب الغائبين فيصير مستهلكاً ويجعل تبعاً للأكثر فلا يؤخذ من المودع ، فأما نصيب الحاضر من الرجلين فلا يكون مستهلكاً ولا تبعاً فله أخذه ، فتبين برواية الجامع أن كليهما سواء انتهى . أقول : في الفائدة الأخرى نظر ، لأن جواب المسئلة في رواية الجامع الصغير أن ليس للحاضر أن يأخذ نصيبه عند أبي حنيفة ، وهذا لا يدفع توهم قائل أن علة عدم الأخذ في هذه الصورة قلة نصيب الحاضر ، بل يؤيده لمساعدة هذه الرواية ذلك الاحتمال وإنما يدفعه رواية كتاب الدعوى لأن نصيب الحاضر ليس بأقل من نصيب الغائب في تلك الرواية ، فلا مجال لتوهم أن يكون علة عدم دفع نصيب الحاضر إليه قلة نصيبه فتلك الفائدة الأخرى إنما تظهر لو ذكرت رواية كتاب الوديعة بعد ذكر رواية الجامع الصغير على عكس ما في الكتاب ، اللهم إلا أن يكون بناء تلك الفائدة على قول

بموضع الخلاف المذكور في مختصر القدوري من قوله وديعة المكيل والموزون لأن المذكور فيه الألف وهو موزون . وذكر محمد الخلاف فيما يقسم وما لا يقسم . قال في الفوائد الظهيرية : إن الأول هو الصحيح حتى إذا كانت الوديعة من الثياب والدواب وللعبيد لم يكن له أن يأخذ نصيبه بالإجماع ، وحكاية الحماني في المسئلة مشهورة : لهما أنه طالبه بدفع نصيبه فيؤمر

(قوله لأن المذكور فيه) أقول : يعني المذكور في الجامع الصغير

بخلاف الدين المشترك لأنه يطالبه بتسليم حقه لأن الديون تقضى بأمثالها . قوله له أن يأخذه .

أبي يوسف ومحمد في هذه المسئلة دون قول أبي حنيفة فحينئذ تظهر على ترتيب الكتاب تأمل تقف (قوله بخلاف الدين المشترك لأنه يطالبه بتسليم حقه) أى حق المديون (لأن الديون تقضى بأمثالها) فلا يكون هذا تصرفا في حق الغير بل يكون المديون متصرفا في مال نفسه فيجوز ، كذا في النهاية وغيرها . قال صاحب العناية بعد أن شرح هذا المقام أولا هكذا : وفيه نظر ، لأن الإنسان لا يؤمر بالتصرف في ماله بالدفع إلى من لا يجب له عليه ذلك انتهى . أقول : هذا النظر في غاية السقوط ، لأن المديون مأمور بالتصرف في ماله بالدفع إلى من يجب له عليه ذلك لا إلى من لا يجب له عليه ذلك ، إذ لا شك أنه يجب على المديون قضاء دينه ، فلما لم يتصور قضاء الدين بعينه بل لابد من أن يقضى بمثله وجب على المديون للدائن دفع مثل دينه من مال نفسه إلى دائنه فكان مأمورا به . وبالحملة ليس كل ما يجب على إنسان لإنسان دفع عين ما أخذه منه ، بل قد يكون دفع مثله وبدله كما فيما نحن فيه فلا محذور قطعا . ثم قال صاحب العناية : والحق أن الضمير في حقه للشريك لا للمديون كما وقع في الشروح ، ومعناه لأن الشريك يطالب المديون بتسليم حقه : أى بقضاء حقه ، وحقه من حيث القضاء ليس بمشترك بينهما ، لأن الديون تقضى بأمثالها والمثل مال المديون ليس بمشترك بينهما والقضاء إنما يقع بالمقاصة انتهى كلامه . أقول : فيه نظر ، أما أولا فلأن كلام المصنف لا يساعد ، لأن الضمير في حقه لو كان للشريك دون المديون لم يتم استدلاله على قوله لأنه يطالبه بتسليم حقه بقوله لأن الديون تقضى بأمثالها ، إذ كون قضاء الديون بأمثالها لا بأعيانها لا يدل على أن الشريك يطالب المديون بتسليم حقه نفسه لأن المثل مال المديون فلم يكن حق الشريك بل كان حق المديون ، فقضاء الدين بالمثل لا يكون تسليم حق الشريك بل يكون تسليم حق المديون ، وهذا إما لاسترة به . وأما ثانيا فلأن ما توجه في نظره السابق من لزوم كون الإنسان مأمورا بالتصرف في ماله بالدفع إلى من لا يجب له عليه ذلك أولى بالورود على تقدير نفسه بدون ملاحظة ما ذكرنا في سقوطه ، لأنه قال : وحقه من حيث القضاء ليس بمشترك بينهما ، لأن الديون تقضى بأمثالها ، والمثل مال المديون ليس بمشترك بينهما ، والقضاء إنما يقع بالمقاصة انتهى . وهذا أحق بما توهمه كما ترى والمدفع ما أوضحناه من قبل (قوله قوله له أن يأخذه) أى قول الخصم في هذه المسئلة كذا وهو الإمامان على ما مر . وقد تعسف فيه الشارح العيني حيث قال : والضمير في قوله يرجع إلى القائل المهود في الذهن أى قول القائل نصرة لقولهما كذا انتهى . ولا يخفى ما فيه . وأما سائر الشراح فلم يتعرض أحد منهم لتوجيه إفراد

بالدفع إليه كما في الدين المشترك ، وهذا لأنه يطالبه بتسليم ما سلم إليه وهو النصف ، ومن طالب ما سلم لم يمنع منه ولهذا كان له أن يأخذه وإن كان في يد المودع بالاتفاق . ولأبي حنيفة لانسلم أنه طالبه بتسليم نصيبه بل يدفع نصيب الغائب لأنه يطالبه بالمفرز وحقه ليس فيه ، لأن المفرز المعين يشتمل على الحقين ولا يتميز حقه إلا بالقسمة ، وليس للمودع ولاية القسمة لأنه ليس بوكيل في ذلك ، ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالإجماع ، بخلاف الدين المشترك لأنه يطالبه بتسليم حقه : أى حق المديون ، لأن الديون تقضى بأمثالها فلا يكون هذا تصرفا في حق الغير بل المديون يتصرف في مال نفسه فيجوز ، وفيه نظر لأن الإنسان لا يؤمر بالتصرف في ماله بالدفع إلى من لا يجب له عليه ذلك . والحق أن الضمير في حقه للشريك لا للمديون كما وقع في الشروح ، ومعناه لأن الشريك يطالب المديون بتسليم حقه : أى بقضاء حقه ، وحقه من حيث القضاء ليس بمشترك بينهما لأن الديون تقضى بأمثالها ، والمثل مال المديون ليس بمشترك بينهما والقضاء إنما يقع بالمقاصة . وقوله (له أن يأخذه) جواب عن قولهما ولهذا كان له أن يأخذه ، وتقريره جواز الأخذ لا يستلزم أن يجبر المودع على الدفع ، إذ الجبر ليس من ضرورات الجواز : يعنى من لوازمه لانفكاكه عنه ، كما إذا كانت له ألف درهم ودعته عند إنسان وعليه ألف لغيره فلغيره : أى لغريم المودع

(قوله أى حق المديون) أقول : يعنى ماله (قوله وفيه نظر لأن الإنسان لا يؤمر بالتصرف في ماله بالدفع إلى من لا يجب له عليه ذلك) أقول : يتكفل بدفعه قوله لأن الديون تقضى بأمثالها .

قلنا : ليس من ضرورته أن يجبر المودع على الدفع كما إذا كان له ألف درهم وديعة عند إنسان وعليه ألف لغريمه فلغريمه أن يأخذه . إذا ظفر به ، وليس للمودع أن يدفعه إليه . قال (وإن أودع رجل عند رجلين شيئا مما يقسم لم يجز أن يدفعه أحدهما إلى الآخر ولكنهما يقتسمانه فيحفظ كل واحد منهما نصفه ، وإن كان مما لا يقسم جاز أن يحفظ أحدهما بإذن الآخر) وهذا عند أبي حنيفة ، وكذلك الجواب عنده في المرتنين والوكيلين بالشراء إذا سلم أحدهما إلى الآخر . وقالوا : لأحدهما أن يحفظ بإذن الآخر في الوجهين . لهما أنه رضى بأمانتهما فكان لكل واحد منهما أن يسلم إلى الآخر ولا يضمنه كما فيما لا يقسم . وله أنه رضى بحفظهما ولم يرض بحفظ أحدهما كله لأن الفعل متى أضيف إلى ما يقبل الوصف بالتجزئ تناول البعض دون الكل فوقع التسليم إلى الآخر من غير رضا المالك فيضمن الدافع ولا يضمن القابض لأن مودع المودع عنده لا يضمن ، وهذا بخلاف ما لا يقسم لأنه لما أودعتهما ولا يمكنهما الاجتماع عليه أثناء الليل والنهار وأمكنهما المهايأة كان المالك راضيا بدفع الكل إلى أحدهما في بعض الأحوال . قال (وإذا قال صاحب الوديعة للمودع لا تسلمه إلى زوجتك فسلمها إليها لا يضمن . وفي الجامع الصغير : إذا نهاه أن يدفعها إلى أحد من عياله فدفعها إلى من لا بد له منه لا يضمن) كما إذا كانت الوديعة دابة فنهاء عن الدفع إلى غلامه ، وكما إذا كانت شيئا يحفظ في يد النساء فنهاء عن الدفع إلى امرأته وهو محمل الأول لأنه لا يمكن إقامة العمل مع مراعاة هذا الشرط ، وإن كان مفيدا فيلغو (وإن كان له منه بد يضمن) لأن الشرط مفيد لأن من العيال من لا يؤتمن على المال وقد أمكن العمل به مع مراعاة هذا الشرط فاعتبر (وإن قال احفظها في هذا البيت فحفظها في بيت آخر من الدار لم يضمن) لأن الشرط غير مفيد ، فإن البيتين في دار واحدة لا يتفاوتان في الحرز (وإن حفظها في دار أخرى ضمن) لأن الدارين يتفاوتان في الحرز فكان مفيدا فيصبح التقييد ، ولو كان التفاوت بين البيتين ظاهرا بأن كانت الدار التي فيها البيتان عظيمة والبيت الذي نهاء عن الحفظ فيه عورة ظاهرة صح الشرط :

ضمير قوله هاهنا (قوله قلنا ليس من ضرورته أن يجبر المودع على الدفع الخ) جواب عن قول الإمامين له أن يأخذه . تقريره أن جواز الأخذ لا يستلزم أن يجبر المودع على الدفع ، إذ الجبر ليس من ضرورات الجواز : أي من لوازمه لا تفكاه عنه ، كما إذا كانت له ألف درهم وديعة عند إنسان وعليه ألف لغريمه : أي لغريم المودع بالكسر أن يأخذه إذا ظفر به ، وليس للمودع أن يدفع إليه ، كذا في العناية وغيرها . أقول : هنا إشكال ، وهو أن هذا الجواب لا يتمشى على رواية الجامع الصغير ، فإن جواب المسئلة فيها : فليس للحاضر أن يأخذ نصيبه عنده ، وهذا دال على عدم جواز أخذ أحد الشريكين نصيبه من المودع في غيبة الآخر عند أبي حنيفة رحمه الله . والجواب المذكور في الكتاب مشعر بجواز أخذ أحد الشريكين نصيبه من المودع في غيبة الآخر عند أبي حنيفة أيضا . وإن لم يجبر المودع على دفع ذلك إليه عنده ، كجواز أخذ غريم المودع بالكسر ما أودعه عند إنسان إذا ظفر به من المودع بالفتح ، وإن لم يكن للمودع أن يدفعه إليه ، إذ لو لم يكن المراد بالجواب المزبور

بالكسر أن يأخذه إذا ظفر به ، وليس للمودع أن يدفع إليه . قوله (وإن أودع رجل عند رجلين شيئا مما يقسم) ما يقسم هو الذي لا يتعين بالتفريق الحسى كالملكيل والموزون ، وما لا يقسم هو ما يتعين به كالعبد والدابة والثوب الواحد والبطيخ ، وكلامه ظاهر . وقال في المبسوط : قول أبي حنيفة أقيس ، لأن رضاه بأمانة اثنين لا يكون رضا بأمانة واحد ، فإذا كان الحفظ مما يتأق منهما عادة لا يبصر راضيا بحفظ أحدهما للكل (وإذا قال صاحب الوديعة للمودع لا تسلمها إلى زوجتك فسلمها إليها لا يضمن) معناه : إذا لم يكن له من التسليم إليها بد ، علم ذلك من رواية الجامع الصغير حيث قال (إذا نهاه أن يدفعها إلى أحد من عياله فدفعها إلى من لا بد له منه لا يضمن ، كما إذا كانت الوديعة دابة فنهاء عن الدفع إلى غلامه ، أو كانت شيئا يحفظ على أيدي النساء فنهاء عن الدفع إلى امرأته) وهذا معنى قوله (وهو محمل الأول) والأصل فيه أن الشرط إذا كان مفيدا والعمل به

قال (ومن أودع رجلا وديعة فأودعها آخر فهلكت فله أن يضمّن الأول وليس له أن يضمّن الثاني ، وهذا عند أبي حنيفة ، وقالوا : له أن يضمّن أيهما شاء. فإن ضمّن الآخر رجع على الأول) لهما أنه قبض المال من يد ضمّن فيضمّنه كمودع الغاصب ، وهذا لأن المالك لم يرض بأمانة غيره ، فيكون الأول متعديا بالتسليم والثاني بالقبض فيخير بينهما ، غيّر أنه إن ضمّن الأول لم يرجع على الثاني لأنه ملكه بالضمّان فظهر أنه أودع ملك نفسه ، وإن ضمّن الثاني رجع على الأول لأنه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة . وله أنه قبض المال من يد أمين لأنه بالدفع لا يضمّن مالم يفارقه لحضور رأيه فلا تعدى منهما فإذا فارقته فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمّنه بذلك ، وأما الثاني فستمر على الحالة الأولى ولم يوجد منه صنع فلا يضمّنه كالريح إذا ألقت في حجره ، ثوب غيره . قال (ومن كان في يده ألف فادّعاه رجلان كل واحد منهما أنها له أودعها إياه وأبي أن يحلف لهما فالألف بينهما

تجوز أخذ الشريك الحاضر نصيبه من المودع بدون أن يجبر المودع على دفع ذلك إليه عند أبي حنيفة لما احتج في الجواب من قبله عن قولهما ولهذا كان له أن يأخذه إلى التثبت بحديث أن ليس من ضرورات جواز الأخذ أن يجبر المودع على الدفع ، بل لما أفاد ذلك الحديث المقصود ، بل كان الواجب في الجواب من قبله عن قولهما المذكور منع جواز الأخذ أيضا ، فالجواب المزبور أيضا إنما يتمشى على ما ذكر في مختصر القدوري وهو المسمى عند الفقهاء برواية كتاب الدعوى كما سمعت فيما مر . واعلم أن صاحب غاية البيان قال في شرح قولهما ولهذا كان له أن يأخذه فكذا هو يومر بالدفع إليه ، ولو كان المال في أيدي الشريكين كان لواحد منهما أن يأخذ نصيبه بغير رضا الآخر ، فكذا هنا له أن يأخذ نصيبه من المودع . وقال في شرح الجواب

ممكنا وجب مراعاته والمخالفة فيه توجب الضمان ، وإذا لم يكن مفيدا أو كان ولم يمكن العمل به كما فيما نحن فيه يلغو ، وعلى هذا إذا نهى عن الدفع إلى امرأته وله امرأة أخرى أمينة ، أو عن الحفظ في الدار وله أخرى فخالف فهلكت ضمن ، وإذا نهى عن الحفظ في بيت من دار فحفظ في غيره وليس في الذي نهى عنه عورة ظاهرة أو نهى عن الدفع إلى امرأته وليس له سواها أو عن الحفظ في دار ليس له غيرها فخالف لم يضمّن ، لأن الأول غير مفيد والثاني غير مقدور العمل به . قال (ومن أودع رجلا وديعة الخ) إذا أودع المودع الوديعة ضمن دون الثاني عند أبي حنيفة ويخير ربّ المال في تضمّن أيهما شاء عندهما لأنه قبض من ضمّن ، لأن المالك لم يرض بغيره فكان الأول متعديا بالتسليم إلى الثاني ، والثاني قد قبض منه ، والقابض من الضمّن ضمّن كمودع الغاصب غير أنه إن ضمّن الأول لم يرجع على الثاني لأنه ملكه بالضمّان فظهر أنه أودع ملك نفسه ، وإن ضمّن الثاني يرجع على الأول لأنه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة . ولأبي حنيفة أنه قبض المال من يد أمين لأنه بالدفع لا يضمّن مالم يفارقه لوجود ما هو المقصود من حفظ بحضرة رأيه وتدبيره لامن حفظ بصورة يده ، ولهذا لو دفع إلى من يحفظه بحضرة كعماله فهلكت عنده لم يضمّن بالاتفاق ، فإذا لم يكن بالدفع ضامنا لم يكن قبض الثاني من ضمّن فلم يوجد تعدّ منهما ، فإذا فارقته فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمّنه . وأما الثاني فستمر على الحالة الأولى وهو القبض من أمين إذ لم يوجد منه بعد ذلك صنع فلا يضمّنه ، كالريح إذا ألقت في حجره ثوب غيره (وإذا كان في يد رجل ألف فادّعى رجلان كل واحد منهما أنها له أودعها الخ) ظاهر سوى ألفاظ نذكرها قوله لتغاير الحقيين لأن كل واحد منهما يدعى ألفا . قوله وإن نكل : أعنى الثاني : أي بعد

(قال المصنف : ومن أودع رجلا وديعة فأودعها آخر الخ) أقول : في أوائل كتاب الصلح من المبسوط : المودع إذا وقع الخريق في بيته فناول الوديعة جازا له كان ضامنا في القياس انتهى لأن المودع أمره بأن يحفظه بنفسه نصا وأن لا يدفع إلى أجنبي ، ثم قال في المبسوط : وفي الاستحسان لا يكون ضامنا لأن الدفع إلى الغير في هذه الحالة من الحفظ انتهى . والمسئلة المذكورة في كتاب الهذاية في أوائل الوديعة (قال المصنف : إن دعوى كل واحد منهما صحيحة لاحتمالها الصديق) أقول : بأن يودعه أحدهما فيشترى المودع به سلعة من الآخر ويسلمه إليه من ثمنه فيقبضه ثم يودعه أيضا (قوله لتغاير الحقيين لأن كل واحد منهما يدعى ألفا) أقول : لابل يدعى الألف المعين إلا أن يراد باعتبار

وعليه ألف أخرى بينهما) وشرح ذلك أن دعوى كل واحد صحيحة لاحتمالها الصدق فيستحق الحلف على المنكر بالحديث ويحلف لكل واحد منهما على الإنفراد لتغاير الحقين ، وبأيهما بدأ القاضى جاز لتعدد الجمع بينهما وعدم الأولوية . ولو تشاحا أقرع بينهما تطيبا لقلبيهما وتفيا لتهمة الميل ، ثم إن حلف لأحدهما يحلف للثاني ، فإن حلف فلا شيء لهما لعدم الحجة ، وإن نكل أعنى للثاني يقضى له لوجود الحجة ، وإن نكل للأول يحلف للثاني ولا يقضى بالنكول ، بخلاف ما إذا أقر لأحدهما لأن الإقرار حجة موجبة بنفسه فيقضى به ، أما النكول إنما يصير حجة عند القضاء فجاز أن يؤخره ليحلف للثاني

عنه : والجواب عن قوله لو كان في أيديهما كان لواحد منهما أن يأخذ نصيبه نقول : لا يلزم من ذلك أن يأخذ نصيبه من المودع ، ألا ترى أن الغريم إذا أخذ من مال غريمه جنس حقه جاز ولا يجبر على الرد ، ولا يجوز أن يأخذ حقه من مودع الغريم ، وهذا معنى قوله كما إذا كان له ألف درهم ودعة عند إنسان وعليه ألف لغريمه أن يأخذها إذا ظفر به وليس للمودع أن يدفعه إليه ، إلى هنا كلام ذلك الشارح . أقول : فعلى هذا الاستخراج يتمشى هذا الجواب على كلتا الروايتين ، ولكن لا يخفى على من له درية بأساليب الكلام أن تقرير المصنف لا يساعد ذلك جدا تبصر (قوله وشرح ذلك أن دعوى كل واحد صحيحة) أى على سبيل الإنفراد دون الاجتماع لاستحالة أن يكون الألف الواحد مودعا عند اثنين بكما له ، كذا في الكفاية وشرح تاج الشريعة وهو الحق عندى في معنى المقام ، فيتم التعليل حينئذ بقوله لاحتمالها الصدق بلا كلفة أصلا . وأما بعض الفضلاء فقد قصد توجيه المقام بالحمل على صحة دعواهما على سبيل الاجتماع حيث قال في بيانه : بأن يودعه أحدهما فيشترى المودع به سلعة من الآخر ويسامحه إليه من ثمنه فيقبضه ثم يودعه أيضا انتهى . أقول : ليس هذا بشيء ، لأن ما ذكر في أصل المسئلة من قوله فادعها رجلان كل واحد منهما أنها له أو دعها إياه يدل على أن كل واحد منهما ادعى أنها ملك له في الحال أو دعها إياه ، ولا شك أن العين الواحد لا يتصور أن يكون ماكا لاثنتين بكما له في حالة واحدة ، ولا أن يكون مودعا من اثنين بكما له في حالة واحدة ، وفي الصورة التي ذكرها ذلك القائل قد زال إيداع أحدهما الألف ممن هي في يده وزال ملكه عنها أيضا باشتراؤه بها سلعة من الآخر وتسليمها إليه ، فكيف يحتمل أن يصدق معا في دعواهما المزبورة (قوله ويحلف لكل واحد منهما على الإنفراد لتغاير الحقين) قال جماعة من الشراح في تعليل تغاير الحقين : لأن كل واحد منهما يدعى ألفا . أقول : يرد عليه أن كل واحد منهما إنما يدعى ألفا معينا وهو ما في يد المدعي عليه كما صرح به في وضع المسئلة ، والنقود تتعين في الودائع على ما تقر في موضعه ونص عليه الزيلعي في شرح هذه المسئلة في التبئين ، فمن أين يدل هذا على تغاير الحقين . ثم إن بعض الفضلاء بين مغايرة الحقين بنهج آخر حيث قال : والظاهر أن تغاير الحق لتغاير المستحق فلكل منهما حق في يمينه على مامر في الدعوى من قوله عليه الصلاة والسلام « لك يمينه » انتهى . أقول : ليس هذا بمفيد هاهنا ، لأن ما يقتضيه أن يكون لكل منهما حق في يمينه إنما هو عدم الاكتفاء لتحليف لأحدهما فقط ، وهذا لا يستلزم تحليف لكل واحد منهما على الإنفراد كما هو المطلوب هاهنا ، بل يحصل بتحليف لهما معا ، وإنما للذى يقتضى تحليف لكل واحد منهما على الإنفراد أنه أن يكون لكل واحد منهما حق في يمينه قطعاً في يمينه ، ألا ترى أنهما لو ادعيا من أحد شيئا واحدا مشتركا بينهما على سبيل الشروع كان لكل واحد منهما حق في يمينه قطعاً مع أنه لا يجب هناك تحليف لكل واحد منهما على الإنفراد . والأظهر في تعليقه أن يحلف هاهنا لكل واحد منهما على الإنفراد ما ذكره صاحب الكافي حيث قال : وإنما يحلف لكل واحد منهما بانفراده لأن كل واحد منهما ادعاه بانفراده انتهى تدبر أما النكول إنما يصير حجة عند القضاء فجاز أن يؤخره ليحلف للثاني

ما حلف الأول . قوله ولا يقضى بالنكول : يعنى للأول لأن الثاني ربما يقول إنما نكل لك لأنك بدأت بالاستحلاف فلا تنقطع

المآل ، والظاهر أن تغاير الحق لتغاير المستحق فلكل منهما حق في يمينه على مامر في الدعوى من قوله عليه الصلاة والسلام « لك يمينه » .

فينكشف وجه القضاء ، ولو نكل للثاني أيضا يقضى بها بينهما نصفين على ما ذكر في الكتاب لاستوائهما في الحجة كما إذا أقاما البينة ويفرم ألفا أخرى بينهما لأنه أوجب الحق لكل واحد منهما ببذله أو بإقراره وذلك حجة في حقه ، وبالصرف إليهما صار قاضيا نصف حق كل واحد بنصف حق الآخر فيقرمه ، فلو قضى القاضي للأول حين نكل ذكر الإمام على البرذوي في شرح الجامع الصغير أنه يحلف للثاني وإذا نكل يقضى بها بينهما لأن القضاء للأول لا يبطل حق الثاني لأنه يقدمه إما بنفسه أو بالقرعة وكل ذلك لا يبطل حق الثاني . وذكر الخصاص أنه ينفذ قضاؤه للأول ووضع المسئلة في العبد وإنما نفذ لمصادفته محل الاجتهاد لأن من العلماء من قال يقضى للأول ولا ينتظر لكونه إقرار دالة ثم لا يحلف للثاني ما هذا العبد لي لأن نكوله لا يفيد بعد ما صار للأول ، وهل يحلفه بالله ما هذا عليك هذا العبد ولا قيمته وهو كذا وكذا ولا أقل منه . قال : ينبغي أن يحلفه عند محمد رحمه الله خلافا لأبي يوسف بناء على أن المودع إذا أقر بالوديعة ودفع بالقضاء إلى غيره يضمنه عند محمد خلافا له وهذه فريضة تلك المسئلة وقد وقع فيه بعض الإطباب والله أعلم .

فينكشف وجه القضاء) قال صاحب العناية في بيان وجه القضاء بأن يقضى بالألف للأول أو للثاني أو لهما جميعا ، لأنه لو حلف للثاني فلا شيء له والألف كله للأول ، ولو نكل للثاني أيضا كان الألف بينهما انتهى . أقول : لا صحة لقوله أو للثاني إذ لا احتمال للقضاء بالألف الثاني بعد نكول ذي اليد الأول والكلام فيه ، فالاحتمال هنا وجهان لا غير ، والعجب أنه قال في التعليل لأنه لو حلف للثاني فلا شيء له ، والألف كله للأول . ولو نكل للثاني أيضا كان الألف بينهما ، وهذا قطعي في أن المحتمل هنا وجهان لا غير ، وكان منشأ زلته هو أن سائر الشراح قالوا في بيان وجه القضاء بأن يقضى بالألف لهما أو لأحدهما ، فتوهم الشارح المزبور أن قولهم أو لأحدهما يعم الأول والثاني فوقع فيما وقع مع أن مرادهم به أحدهما بعينه وهو الأول .

الخصومة بينهما (قوله فيكشف وجه القضاء) بأن يقضى بالألف للأول أو للثاني أو لهما جميعا ، لأنه لو حلف للثاني فلا شيء له والألف كله للأول (ولو نكل للثاني أيضا كان الألف بينهما) فلذلك يتوقف عن القضاء حتى يظهر وجهه (قوله لأنه) أي لأن المودع المنكر (أوجب الحق لكل واحد منهما ببذله) عند أبي حنيفة (وبإقراره) عندهما (ولو قضى للأول حين نكل قال الإمام على البرذوي في شرح الجامع الصغير : إنه يحلف للثاني ، وإذا نكل يقضى بينهما لأن القضاء للأول لا يبطل حق الثاني ، لأن القاضي قدمه إما باختياره أو بالقرعة ، وكل ذلك لا يبطل حق الثاني) ولم يذكر أنه إذا حلف الثاني ماذا حكمه . وقال نحوه في شرح الجامع الصغير : فإن حلف يقضى بنكوله للأول . وقوله (لكونه إقرارا) أي لكون النكول إقرارا (دالة) وقوله (ما هذا العبد لي) يعني لا يقتصر على لفظ العبد بل يضم إليه ، ولا قيمته لأنه لما أقر به للأول وثبت به حق الأول لا يفيد إقراره به للقاضي لأنه لا يمكن دفعه إلى الثاني بعد ذلك . وقوله (بناء) أي قال الخصاص يحلفه عند محمد بناء (على أن المودع ، إذا أقر بالوديعة ودفع بالقضاء إلى غيره يضمنها عند محمد خلافا لأبي يوسف) كما إذا أقر بالوديعة لإنسان . ثم قال : أخطأت بل هي لهذا كان عليه أن يدفعها إلى الأول ، لأن إقراره بها صحيح ورجوعه بعد ذلك باطل ، ويضمن للآخر قيمتها لإقراره أنها للثاني ، وأنه صار مستهلكا على الثاني لإقراره بها للأول فيكون ضامنا له قيمتها ، وهذا إذا دفعها إلى الأول بغير قضاء ، فإن دفعها بقضاء فكذلك في قول محمد خلافا لأبي يوسف لأن بمجرد إقراره لم يفوت على أحد شيئا ، وإنما القوات بالدفع إلى الأول ، وقد كان ذلك يقبضه فلا يضمن . ولمحمد أنه ساط القاضي على القضاء بها للأول لإقراره ، وقد أقر أنه مودع الثاني ، والمودع إذا سلط على الوديعة غيره صار ضامنا ، والمسئلة تقرعات ذكرت في المطولات ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

(قوله يقضى بالألف للأول أو للثاني) أقول : في قوله أو للثاني بحث (قوله لا يفيد إقراره به) أقول : فيلزم ذكر العبد (قال المصنف : قال ينبغي أن يحلفه عند محمد إلى قوله : بناء على أن المودع) أقول : قوله قال جواب هل في قوله وهل يحلفه بالله وقوله بناء مفعول له لقوله قال أو حال من فاعله .

تم الجزء الثامن ، ويليه الجزء التاسع : وأوله كتاب العارية

فهرس

الجزء الثامن

تكملة شرح فتح القدير ، المسماة « نتائج الأفكار » لشمس الدين أحمد بن قودر

| صفحة | صفحة |
|---|---|
| ٣٥١ باب الاستثناء وما في معناه | ٣ كتاب الوكالة |
| ٣٨٠ باب إقرار المريض | ٢٦ باب الوكالة في البيع والشراء |
| ٣٩٣ فصل في بيان الإقرار بالنسب | فصل في الشراء |
| ٤٠٣ كتاب الصلح | ٦٦ فصل في التوكيل بشراء نفس العبد |
| ٤١٣ فصل والصلح جائز عن دعوى الأموال الخ | ٧٣ فصل في البيع |
| ٤٢٢ باب التبرع بالصلح والتوكيل به | ٩٥ فصل في حكم وكالة الاثنين |
| ٤٢٥ باب الصلح في الدين | ١٠٦ باب الوكالة بالحصومة والقبض |
| ٤٣٣ فصل في الدين المشترك | ١٣٧ باب عزل الوكيل |
| ٤٣٩ فصل في التخارج | ١٥٢ كتاب الدعوى |
| ٤٤٥ كتاب المضاربة | ١٧٠ باب اليمين |
| ٤٦١ باب المضارب يضارب | ٢٩٥ فصل في كيفية اليمين والاستحلاف |
| ٤٦٤ فصل وإذا شرط المضارب لرب المال ثلث | ٢٠٥ باب التحالف |
| الربح الخ | ٢٣٨ فصل فيمن لا يكون خصما |
| ٤٦٦ فصل في العزل والقسمة | ٢٤٥ باب ما يدعيه الرجلان |
| ٤٧١ فصل فيما يفعله المضارب | ٢٨٠ فصل في التنازع بالأيدى |
| ٤٧٧ فصل آخر في مسائل تتعلق بالمضاربة | ٢٩٢ باب دعوى النسب |
| ٤٨١ فصل في الاختلاف | ٣١٧ كتاب الإقرار |
| ٤٨٤ كتاب الوديعة | ٣٤٥ فصل ومن قال لحمل فلانة على ألف درهم الخ |

